

TRIBUNAL DE ARBITRAJE

DELTA A SALUD S.A.S.

Vs.

NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., Veinte (20) de febrero de dos mil veinte (2020)

Agotado el trámite procesal correspondiente, con observancia de los requisitos legales, sin que se advierta causal de nulidad y dentro de la oportunidad para hacerlo, el Tribunal Arbitral profiere, en derecho, el Laudo de mérito que finaliza el proceso arbitral convocado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá por la sociedad **DELTA A SALUD S.A.S.** para dirimir sus controversias con la sociedad **NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A.**, proceso distinguido con el número de radicación 5433, previos los siguientes,

I. ANTECEDENTES

A. Los sujetos procesales

1. La Parte Convocante: Es la sociedad **DELTA A SALUD S.A.S.**, (en adelante en este Laudo sólo **DELTA**), que según el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido el 27 de septiembre de 2017 por la Cámara de Comercio de Bogotá¹, fue constituida mediante Escritura Pública N° 3339 de la Notaria 16 del Circulo de Bogotá, del 9 de diciembre de 1993, con la denominación Delta A Salud Ltda. y ha sido reformada en varias oportunidades, entre ellas la efectuada por Acta No. 27 de la Junta de Socios en la que se transformó en Sociedad por Acciones Simplificada S.A.S. Tiene su domicilio en la ciudad de Bogotá, se identifica con el NIT. 800.214.959-9 y su representante legal es el Gerente, cargo que a la fecha de la certificación ejerce el doctor Alberto León Torres.

¹ Folios 62 a 64, Cuaderno Principal

La parte convocante ha estado representada en este proceso por el apoderado, doctor Juan Sebastián Lombana Sierra, según poder especial que obra en el expediente², y a quien el Tribunal le reconoció personería por Auto de 18 de septiembre de 2018³.

2. La Parte Convocada: Es la sociedad **NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A. -NUEVA EPS S.A.-** (en adelante en este Laudo sólo **NUEVA EPS**), que según el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido el 9 de enero de 2019 por la Cámara de Comercio de Bogotá⁴, fue constituida mediante Escritura Pública N° 753 de la Notaria 30 del Circulo de Bogotá, del 22 de marzo de 2007 y ha sido reformada en varias oportunidades. Tiene su domicilio en la ciudad de Bogotá, se identifica con el NIT 900.156.264-2 y su representante legal es el Presidente, cargo que a la fecha de la certificación ejerce el doctor José Fernando Cardona Uribe.

La sociedad convocada ha estado representada en este proceso por el apoderado, doctor José Roberto Sáchica Méndez, según poder especial que obra en el expediente⁵ y a quien el Tribunal le reconoció personería por Auto de 15 de enero de 2019⁶.

De conformidad con lo anterior, el Tribunal advierte que las personas jurídicas que actúan en este proceso cuentan con capacidad para ser parte, capacidad para comparecer al juicio y se encuentran debidamente representadas.

3. El Ministerio Público: En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 612 del Código General del Proceso, por Auto de 18 de septiembre de 2018 el Tribunal ordenó notificar el Auto Admisorio de la demanda al Ministerio Público, lo cual se cumplió el 2 de noviembre de 2018⁷.

El Ministerio Público designó inicialmente como su Agente para este Proceso a la doctora Doris Acuña Acevedo, Procuradora 3 Judicial II para Asuntos Civiles, quien intervino durante parte del Proceso y, posteriormente, designó en su reemplazo al doctor **Carlos Humberto García Parrado**, Procurador 119 Judicial II para la Conciliación Administrativa, quien continuó con la representación del Ministerio Público.

² Folios 60 y 61, Cuaderno Principal.

³ Acta N°1, Folios 182 a 185, Cuaderno Principal

⁴ Folios 333 a 342, Cuaderno Principal

⁵ Folio 188, Cuaderno Principal.

⁶ Acta 3, Folio 303 a 305 Cuaderno Principal

⁷ Folios 221 a 224, Cuaderno Principal

4. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado: En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 612 del C.G.P., por Auto de 18 de septiembre de 2018, el Tribunal igualmente ordenó notificarle el Auto admisorio de la demanda a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, lo que se cumplió el 2 de noviembre siguiente⁸. La ANDJE no intervino en este proceso.

B. Del contrato origen de la controversia

Las controversias entre las partes se derivan la celebración y ejecución del "CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS N° 134-10"⁹ suscrito el 7 de septiembre de 2010 entre la sociedad **NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A.**, como Contratante, y la sociedad **DELTA A SALUD LTDA.** (hoy S.A.S.), como Contratista, el cual, según su Cláusula Primera, tuvo por objeto:

"PRIMERA: OBJETO. - EL CONTRATISTA se obliga para con la NUEVA EPS a realizar la Auditoría de Seguimiento y Auditoría Específica en las IPS que les sean asignadas por NUEVA EPS. **PARÁGRAFO:** Las IPS en las cuales EL CONTRATISTA debe ejecutar el presente contrato, son las que se indican en el ANEXO N° 1, sin perjuicio que el mismo pueda ser modificado en cualquier momento durante la ejecución del contrato por parte de la NUEVA EPS previo aviso al CONTRATISTA con treinta (30) días de anticipación. (...)"¹⁰.

C. El Pacto Arbitral

En la Cláusula Décima Quinta del referido Contrato de Prestación de Servicios¹¹, las partes incluyeron una Cláusula Compromisoria, la cual expresamente dispone:

"DÉCIMA QUINTA: CLÁUSULA COMPROMISORIA. - Las eventuales diferencias que llegaren a surgir entre los contratantes con ocasión de la celebración, interpretación, ejecución y terminación de este contrato y que no pudiesen ser solucionados directamente por las partes serán dirimidas por un Tribunal de Arbitramento integrado por tres árbitros, el cual funcionará en la ciudad del domicilio contractual y decidirá en derecho, ciñéndose a lo dispuesto en el Decreto 2279 de 1989. Los árbitros serán designados de común acuerdo por las partes dentro de diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que una parte comunique a la otra su determinación de convocar al tribunal. Sino mediante acuerdo total o parcial al respecto los árbitros faltantes serán designados por la Cámara de Comercio del lugar del domicilio contractual."

⁸ Folios 217 y 218, Cuaderno Principal.

⁹ Folios 2 a 51, Cuaderno de Pruebas N° 1

¹⁰ Folio 2, Cuaderno de Pruebas N° 1

¹¹ Folios 4 reverso y 5, Cuaderno de Pruebas N° 1.

Se destaca que en este proceso las Partes no cuestionaron la existencia, validez ni eficacia del pacto arbitral antes transcrito.

D. Trámite del proceso arbitral

1. **La demanda arbitral:** El 12 de octubre de 2017 **DELTA**, por intermedio de apoderado judicial especial, solicitó al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá la integración de un Tribunal de Arbitramento para dirimir sus controversias con la sociedad **NUEVA EPS**, derivadas del Contrato de Prestación de Servicios N° 134-10¹².
2. **Árbitros:** En aplicación de lo dispuesto en la Cláusula Décima Quinta del Contrato de Prestación de Servicios antes referido, las partes, de común acuerdo, inicialmente designaron como Árbitros a los doctores Ernesto Rengifo García, Camilo Calderón Rivera y Gabriel De Vega Pinzón¹³. El Árbitro Rengifo García manifestó su aceptación oportunamente, el Árbitro Calderón Rivera no se pronunció y el Árbitro De Vega Pinzón pese a ser ratificado por las partes, renunció a su nombramiento. Posteriormente, en reunión de 15 de enero de 2018, las partes designaron como Árbitro al doctor Hernando Herrera Mercado, quien aceptó oportunamente.

Mediante comunicación de 10 de julio de 2018 las partes solicitaron al Centro de Arbitraje la realización de un sorteo para la designación del tercer árbitro, el cual fue realizado el 24 de julio siguiente, donde fue designada como tal la doctora Carmenza Mejía Martínez, quien aceptó oportunamente.

3. **Instalación:** El Tribunal se instaló el 18 de septiembre de 2018, en sesión realizada en las oficinas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá¹⁴; en la audiencia fue designada como Presidente la doctora Carmenza Mejía Martínez y como Secretario el doctor Henry Sanabria Santos y como suplente al doctor Pedro Orlando Garavito Valencia.

El 27 de septiembre de 2018 el doctor Sanabria Santos aceptó su designación y el 9 de octubre siguiente el señor apoderado de la sociedad convocada radicó memorial en donde, luego de referirse a lo manifestado por el doctor Sanabria Santos en su deber de información, solicitó al Tribunal relevarlo del cargo.

¹² Folios 2 a 59, Cuaderno Principal.

¹³ Folio 87, Cuaderno Principal.

¹⁴ Acta N° 1, folios 182 a 185, Cuaderno Principal.

El 16 de octubre el doctor Sanabria Santos presentó su renuncia, razón por la cual el 19 de octubre de 2018 el Centro de Arbitraje comunicó al doctor Garavito Valencia su designación, quien manifestó su aceptación dentro de la oportunidad legal y posteriormente tomó posesión de mismo¹⁵.

- 4. Admisión de la demanda:** En la audiencia de instalación el Tribunal, entre otros, reconoció personería al apoderado de la parte convocante y fijó su sede. Además, por reunir los requisitos formales previstos en el estatuto procesal, admitió la demanda, ordenó notificar y correr traslado de ella.
- 5. Notificación del Auto admisorio de la demanda:** El 2 de noviembre de 2018 por Secretaría se notificó personalmente el Auto admisorio de la demanda, en la forma establecida por el artículo 612 del C.G.P., a la parte convocada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado¹⁶.
- 6. Contestación de la demanda arbitral:** El 11 de enero de 2019 la sociedad convocada, por intermedio de apoderado judicial especial constituido para el efecto, contestó en tiempo la demanda arbitral; en ella se opuso a las pretensiones, se pronunció sobre los hechos, propuso excepciones de mérito, aportó y solicitó pruebas¹⁷.
- 7. Traslado excepciones:** De las excepciones propuestas se corrió traslado y el 22 de enero de 2019 el señor apoderado de la sociedad convocante radicó memorial en el que oportunamente se opuso a ellas, aportó y solicitó pruebas¹⁸.
- 8. Audiencia de conciliación:** El 28 de enero de 2019 se celebró la audiencia de conciliación de este proceso arbitral, la cual, no obstante que existió ánimo conciliatorio, en consideración a que no se presentó una propuesta concreta de conciliación, se declaró fallida y se dispuso continuar con el trámite¹⁹.
- 9. Fijación y pago de los gastos del proceso:** Declarada fracasada la conciliación, en la misma audiencia de 28 de enero de 2018 el Tribunal, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 25 de la Ley 1563 de 2012, procedió a fijar los honorarios y gastos de este proceso. Dentro de la oportunidad legal, sólo la parte convocante pagó las sumas a su cargo, y la misma sociedad,

¹⁵ Folio 219, Cuaderno Principal

¹⁶ Folios 220 a 228, Cuaderno Principal.

¹⁷ Folios 229 a 302, Cuaderno Principal.

¹⁸ Folios 309 a 332, Cuaderno Principal.

¹⁹ Acta No. 4, folios 343 a 348, Cuaderno Principal

haciendo uso de la facultad prevista en el inciso segundo del artículo 27 de la citada Ley, dentro de la oportunidad adicional también canceló por la parte convocada las sumas que ésta dejó de pagar. Al comienzo de la primera audiencia de trámite el señor apoderado de la convocante informó que el 26 de febrero de 2019 la convocada le reintegró los valores pagados en su nombre.

10. Primera audiencia de trámite: La primera audiencia de trámite se inició el 4 de marzo de 2019²⁰ y finalizó 14 de marzo siguiente²¹, conforme con lo previsto en el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012. En ella el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir en derecho las cuestiones sometidas a su conocimiento por las Partes, derivadas del *CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS N° 134-10*; se fijó además el término de duración del proceso arbitral en seis (6) meses; se resolvió sobre las pruebas solicitadas por las Partes y se fijó el calendario para practicarlas.

11. Indicación de la cuantía y juramento estimatorio: Según consta en el juramento estimatorio realizado en la demanda arbitral, el monto de las pretensiones de la parte convocante asciende a la suma de \$8.364'226,776²², la cual comprende intereses moratorios liquidados hasta el 28 de febrero de 2017. Precisa el Tribunal que, en la contestación de la demanda, el señor apoderado de la sociedad convocada no objetó el anterior juramento estimatorio.

12. Audiencias: El Tribunal sesionó durante este proceso arbitral en 21 audiencias, incluyendo la de juzgamiento y lectura de la parte resolutive del Laudo.

E. Términos del proceso

Toda vez que en el pacto arbitral las Partes no establecieron el término de duración del proceso, según lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, el Tribunal, por Auto de 5 de marzo 2019, lo fijó en seis (6) meses contados a partir de la fecha de finalización de la primera audiencia de trámite, sin perjuicio de las prórrogas o suspensiones que pudieran presentarse en su desarrollo.²³

Como la primera audiencia de trámite se cumplió el 14 de marzo de 2019, el término de este proceso se extendía inicialmente hasta el 13 de septiembre de 2019; sin embargo, según lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 11 de la Ley 1563 de

²⁰ Acta N° 5, Folios 349 a 358, Cuaderno Principal

²¹ Acta N° 6, Folios 368 a 380, Cuaderno Principal

²² Folio 50, Cuaderno Principal.

²³ Acta N° 5, folios 349 a 358, Cuaderno Principal

2012, para el cómputo del término del proceso se deben considerar los días en que éste ha estado suspendido y, en tal sentido, consta en el expediente que los apoderados de las Partes, de común acuerdo, solicitaron la suspensión del proceso durante los días hábiles comprendidos entre las siguientes fechas: i) 20 de marzo y 1º de abril de 2019 (Acta N°6): **8** días; ii) 10 y 28 de abril de 2019 (Acta N° 7): **11** días; iii) 5 de junio y 4 de agosto de 2019 (Acta N° 12): **41** días; iv) 11 de octubre y 4 de noviembre de 2019 (Acta N° 16): **15** días. De conformidad con lo anterior, hasta entonces el proceso se había suspendido durante 75 días hábiles, con lo cual su término se extendía hasta el 3 de enero de 2020.

Se tiene en cuenta, además, que por Auto proferido en audiencia de 19 de diciembre de 2019, el Tribunal, por solicitud conjunta de las Partes debidamente facultadas para el efecto, decretó la prórroga del término de este proceso por treinta (30) días hábiles, con lo cual éste se amplió hasta el 17 de febrero de 2020, sin perjuicio de nuevas suspensiones que pudieran llegar a decretarse.

Posteriormente, el Tribunal, por solicitud de los señores apoderados de las partes, decretó la suspensión del proceso durante los días hábiles comprendidos entre las siguientes fechas: v) 20 de diciembre de 2019 al 24 de enero de 2020 (Acta N° 19): **23** días; y, vi) 28 de enero a 19 de febrero de 2020, (Acta N° 20): **17** días. Así las cosas, el proceso estuvo suspendido en total durante **115** días hábiles.

Según lo anterior, considerando el término del proceso fijado por el Tribunal en la primera audiencia de trámite (6 meses), más la prórroga (30 días) y las suspensiones (115 días) decretadas por solicitud de las partes, el término del proceso vence el día **16 de abril de 2020**, lo que significa que este Laudo se profiere dentro de la oportunidad legal.

F. Presupuestos procesales

El Tribunal encuentra cumplidos los requisitos necesarios para la validez del trámite arbitral y que las actuaciones procesales se han desarrollado con observancia de las previsiones normativas. Además, no se advierte causal alguna de nulidad, lo cual fue expuesto por el Tribunal desde la primera audiencia de trámite y al finalizar cada una de las etapas procesales tal y como lo ordena el artículo 132 del C. G. del P. El más reciente control de legalidad se realizó en audiencia del 27 de enero de 2020, una vez concluyó la etapa de alegaciones, frente a lo cual los señores apoderados de las Partes

y el señor Agente del Ministerio Público expresamente manifestaron no encontrar vicio o irregularidad constitutivo de nulidad que debiera ser saneado hasta ese momento²⁴.

Según lo expuesto, procede dictar Laudo de mérito, que según lo acordado en el pacto arbitral debe proferirse en derecho, para lo cual se tiene en cuenta que de los documentos aportados al proceso y examinados por el Tribunal, se estableció:

- 1. Demanda en forma:** Se verificó por el Tribunal que la demanda arbitral cumplía con las exigencias procesales y, por ello, en su oportunidad la admitió y la sometió a trámite.
- 2. Capacidad:** Del estudio de los documentos aportados por las Partes e incorporados al expediente se observa que tanto **DELTA** como **NUEVA EPS**, son sujetos plenamente capaces para comparecer a este proceso; su existencia y representación legal están debidamente acreditadas y tienen capacidad para transigir, por cuanto de la documentación estudiada no se encuentra restricción alguna y, además, por tratarse de un arbitramento en derecho, han comparecido al proceso por intermedio de sus representantes legales y apoderados, debidamente constituidos.
- 3. Pretensiones:** La sociedad convocante solicitó se profieran las declaraciones y condenas que relacionó en la demanda arbitral ²⁵, así:

"(...)

- (1) **Primera, Declarativa:** *Que se declare que NUEVA EPS, en cuanto al Contrato de Prestación de Servicios No. 134-10, incumplió sus obligaciones contractuales estipuladas en las Cláusulas Tercera y Sexta, porque no pagó el valor del Contrato en los términos descritos en el mismo, y porque no realizó la revisión técnica de los costos del Contrato.*
- (2) **Segunda, Declarativa:** *Que se declare que NUEVA EPS es responsable por los perjuicios causados a DELTA A SALUD por el incumplimiento en el pago o por el pago tardío de las facturas que, derivadas del Contrato de Prestación de Servicios No. 134-10, ésta le radicó.*
- (3) **Tercera, Declarativa:** *Que se declare que DELTA A SALUD realizó 35.414 auditorías adicionales a las estimadas en el Contrato con NUEVA EPS, -o las que efectivamente se demuestren ante este Tribunal-, auditorías que no fueron reconocidas ni pagadas por la Demandada.*
- (4) **Cuarta, de Condena:** *Que se condene a NUEVA EPS al pago de DOS MIL OCHOCIENTOS DIECINUEVE MILLONES NOVECIENTOS DIEZ MIL QUINIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS CON TREINTA Y TRES CENTAVOS M/cte. (\$2.819'910.593.33), o al pago del valor que*

²⁴ Acta No. 20, folios 191 a 196, Cuaderno Principal No. 1

²⁵ Folios 4 a 8, Cuaderno Principal

efectivamente se demuestre en el Proceso, a favor de **DELTA A SALUD**, por concepto de servicios adicionales efectivamente prestados y que no fueron debidamente estimados en el Contrato No. 134 -10, ni tampoco fueron reconocidos ni pagados por NUEVA EPS.

- (5) **Quinta, de Condena:** Que se condene a NUEVA EPS al pago de CUATRO MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS VEINTE MIL DOSCIENTOS VEINTIDÓS PESOS M/cte. (\$4.473'820.222) a favor de **DELTA A SALUD**, por concepto de intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida y certificada por la Superintendencia Financiera, liquidados al 28 de febrero de 2017, o al pago del valor de los intereses moratorios que efectivamente se generen a la fecha del pago de los servicios adicionales prestados por **DELTA A SALUD** y no estimados en el Contrato No. 134 -10.
- (6) **Sexta, Declarativa:** Que se declare que las glosas formuladas y aplicadas por NUEVA EPS a las facturas: i) 533 del siete (7) de septiembre de 2011, ii) 1110 del tres (3) de abril de 2012, iii) 1292 del tres (3) de mayo de 2012, iv) 1337 del veinticinco (25) de mayo de 2012, v) 1446 del seis (6) de junio de 2012, vi) 1451 del tres (3) de julio de 2012, vii) 1481 del dos (2) de agosto de 2012 y viii) 1588 del nueve (9) de octubre de 2012, no tienen justificación real y que, por ende, NUEVA EPS debe pagarle a **DELTA A SALUD** los valores no pagados al amparo de dichas glosas.
- (7) **Séptima, de Condena:** Que se condene a NUEVA EPS al pago de DOSCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO CINCUENTA MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS (\$244'150.886) a favor de **DELTA A SALUD**, correspondientes al valor de las glosas injustificadas formuladas y aplicadas por la EPS sobre las facturas radicadas por **DELTA A SALUD**, valor no pagado a **DELTA**, o al pago del valor que efectivamente se demuestre en el Proceso.
- (8) **Octava, de Condena:** Que se condene a NUEVA EPS al pago de TRESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS VEINTIDÓS PESOS CON CUARENTA CENTAVOS (\$354'864.522,40) por concepto de intereses moratorios respecto de los valores dejados de pagar por las glosas injustificadas aplicadas a las facturas i) 533 del siete (7) de septiembre de 2011, ii) 1110 del tres (3) de abril de 2012, iii) 1292 del tres (3) de mayo de 2012, iv) 1337 del veinticinco (25) de mayo de 2012, v) 1446 del seis (6) de junio de 2012, vi) 1451 del tres (3) de julio de 2012, vii) 1481 del dos (2) de agosto de 2012 y viii) 1588 del nueve (9) de octubre de 2012, liquidados a la tasa máxima legal permitida y conforme a lo certificado por la Superintendencia Financiera hasta el veintiocho (28) de febrero de 2017, o al pago del valor de los intereses moratorios que efectivamente se generen hasta la fecha del pago del valor de las glosas injustificadas formuladas y aplicadas por NUEVA EPS.
- (9) **Novena, Declarativa:** Que se declare que NUEVA EPS incurrió en mora en el pago de las siguientes facturas en favor de **DELTA A SALUD**:

No. Factura	VALOR FACTURA	Fecha Radicación	Fecha de vencimiento	Fecha de pago
2017	286.987.888,00	27/10/2010	07/11/2010	09/11/2010
2022	122.994.809,28	10/11/2010	09/12/2010	30/12/2010
2028	286.987.888,00	10/12/2010	09/01/2011	20/01/2011
2032	122.994.809,28	23/12/2010	07/02/2011	15/03/2011

2033	286.987.888,32	23/12/2010	07/02/2011	16/02/2011
2041	277.889.136,00	07/02/2011	06/03/2011	17/03/2011
2042	119.095.344,00	07/02/2011	06/03/2011	19/04/2011
2053	125.022.619,20	09/03/2011	09/04/2011	19/05/2011
2054	291.719.444,80	09/03/2011	09/04/2011	19/04/2011
2067	122.724.288,00	08/04/2011	07/05/2011	21/06/2011
2069	286.356.672,00	08/04/2011	07/05/2011	21/06/2011
2080	122.724.288,00	03/03/2011	02/06/2011	21/06/2011
2098	286.356.672,00	07/06/2011	06/07/2011	19/07/2011
2099	122.724.288,00	07/06/2011	06/07/2011	19/08/2011
2106	122.724.288,00	07/07/2011	06/08/2011	19/08/2011
2107	286.356.672,00	07/07/2011	06/08/2011	19/08/2011
443	128.002.288,00	04/08/2011	07/09/2011	19/09/2011
444	298.672.005,72	04/08/2011	03/09/2011	19/09/2011
533	318.471.596,80	07/09/2011	07/10/2011	26/10/2011
534	136.487.827,20	07/09/2011	07/10/2011	26/10/2011
1040	330.033.632,32	06/12/2011	05/01/2012	23/01/2012
1041	141.442.950,48	06/12/2011	05/01/2012	23/01/2012
1058	330.033.632,32	29/12/2011	28/01/2012	02/02/2012
1059	141.442.950,48	29/12/2011	28/01/2012	02/02/2012
1110	249.269.285,40	03/02/2012	04/03/2012	28/06/2012
1111	249.269.285,40	03/02/2012	04/03/2012	13/04/2012
1147	248.079.548,80	02/03/2012	01/04/2012	05/07/2012
1148	248.079.548,80	02/03/2012	01/04/2012	05/07/2012
1291	242.505.963,40	03/04/2012	03/05/2012	01/06/2012
1292	242.505.963,40	03/04/2012	03/05/2012	25/09/2012
1336	268.494.345,88	25/05/2012	06/06/2012	18/06/2012
1337	268.494.345,88	25/05/2012	06/06/2012	25/09/2012
1446	274.860.342,36	06/06/2012	05/07/2012	04/09/2012
1447	274.860.342,36	06/06/2012	05/07/2012	23/08/2012
1451	274.860.342,36	03/07/2012	02/08/2012	23/11/2012
1452	274.860.342,36	04/07/2012	02/08/2012	06/08/2012
1480	274.860.342,36	02/08/2012	01/09/2012	25/09/2012
1481	274.860.342,36	02/08/2012	01/09/2012	23/11/2012
1516	274.860.342,36	03/09/2012	03/10/2012	02/01/2013
1517	274.860.342,36	03/09/2012	03/10/2012	19/10/2012
2108	186.789.729,64	08/07/2011	25/07/2011	19/09/2011
2015	54.664.360,00	08/10/2010	07/11/2010	09/11/2010
446	118.709.737,96	04/08/2011	03/09/2011	19/09/2011
532	89.478.726,28	07/09/2011	07/10/2011	19/10/2011
567	60.989.561,28	06/10/2011	04/11/2011	22/12/2011
568	323.345.133,80	05/10/2011	04/11/2011	29/11/2011
569	139.063.277,76	06/10/2011	05/11/2011	23/12/2011
630	136.824.329,28	04/11/2011	04/12/2011	23/12/2011
631	319.256.768,32	04/11/2011	04/12/2011	23/01/2012
632	88.154.195,36	04/11/2011	04/12/2011	23/01/2012
1042	92.468.787,52	06/12/2011	05/01/2012	23/01/2012
1060	81.322.521,52	03/01/2012	28/01/2012	02/02/2012
1112	86.640.939,40	03/02/2012	04/03/2012	21/03/2012
1293	60.537.733,16	03/04/2012	03/05/2012	10/05/2012
1448	73.383.791,24	05/05/2012	04/06/2012	04/07/2012
1453	80.242.763,36	05/07/2012	04/08/2012	31/08/2012
1489	67.325.614,68	06/08/2012	05/09/2012	19/10/2012
1588	664.759.680,40	10/10/2012	08/11/2012	02/01/2013
1518	80.109.604,64	06/09/2012	06/10/2012	19/10/2012

(10) **Décima, de Condena:** Que se condene a NUEVA EPS al pago de los intereses moratorios derivados del pago tardío de las facturas, por un

valor total de TRESCIENTOS NOVENTA MILLONES SEISCIENTOS VEINTITRÉS MIL CIENTO NOVENTA Y TRES PESOS CON CUARENTA Y TRES CENTAVOS M/cte. (\$390'623.193,43) liquidados al veintiocho (28) de febrero de 2017, los cuales se discriminan en la siguiente tabla, o al pago del valor que se demuestre en el Proceso y hasta la fecha efectiva de pago:

No. de Factura	Valor de la Factura	Valor intereses moratorios a febrero de 2017
2017	286.987.888,00	335.264,75
2022	122.994.809,28	1.508.691,40
2028	286.987.888,00	2.025.584,10
2032	122.994.809,28	2.841.079,00
2033	286.987.888,32	1.657.296,08
2041	277.889.136,00	1.961.364,36
2042	119.095.344,00	3.555.762,80
2053	125.022.619,20	3.636.274,32
2054	291.719.444,80	2.121.160,02
2067	122.724.288,00	4.015.605,95
2069	286.356.672,00	9.369.747,22
2080	122.724.288,00	1.695.478,07
2098	286.356.672,00	2.850.621,83
2099	122.724.288,00	4.134.967,93
2106	122.724.288,00	1.221.695,07
2107	286.356.672,00	2.850.621,83
443	128.002.288,00	1.176.218,28
444	298.672.005,72	3.659.345,78
533	318.471.596,80	4.822.532,50
534	136.487.827,20	2.066.799,64
1040	330.033.632,32	4.849.871,28
1041	141.442.950,48	2.078.515,75
1058	330.033.632,32	1.347.186,47
1059	141.442.950,48	577.365,49
1110	249.269.285,40	24.151.741,93
1111	249.269.285,40	8.219.756,85
1147	248.079.548,80	19.837.213,43
1148	248.079.548,80	19.837.213,43
1291	242.505.963,40	5.914.362,65
1292	242.505.963,40	29.865.802,04
1336	268.494.345,88	2.709.592,12
1337	268.494.345,88	25.389.221,49
1446	274.860.342,36	14.312.197,23
1447	274.860.342,36	11.514.170,10
1451	274.860.342,36	26.573.362,72
1452	274.860.342,36	939.932,25
1480	274.860.342,36	5.639.593,52
1481	274.860.342,36	19.523.870,83
1516	274.860.342,36	21.415.755,41
1517	274.860.342,36	3.765.736,89
2108	186.789.729,64	8.009.953,01
2015	54.664.360,00	63.859,95
446	118.709.737,96	1.454.438,21
532	89.478.726,28	855.759,83
567	60.989.561,28	2.333.176,55
568	323.345.133,80	6.442.541,06
569	139.063.277,76	5.319.913,32
630	136.824.329,28	2.071.895,21

631	319.256.768,32	12.864.668,36
632	88.154.195,36	3.552.233,19
1042	92.468.787,52	1.358.836,41
1060	81.322.521,52	331.955,87
1112	86.640.939,40	1.202.462,61
1293	60.537.733,16	356.378,69
1448	73.383.791,24	1.855.527,21
1453	80.242.763,36	1.852.226,61
1489	67.325.614,68	2.534.294,33
1588	664.759.680,40	31.302.744,64
1518	80.109.604,64	891.755,60
	Total	390'623.193,43

- (11) **Décima primera, de Condena:** Que se condene a NUEVA EPS al pago de OCHENTA MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS CON SETENTA Y CINCO CENTAVOS (COP \$80'857.358,75), o al pago del valor que efectivamente se demuestre, por concepto de Índice de Precios al Consumidor (IPC) aplicable a las facturas pagadas con fechas posteriores a su vencimiento.
- (12) **Décima segunda, de Condena:** Que se condene a NUEVA EPS al pago de las costas y agencias en derecho que demande el Proceso.
(...)”

4. **Los hechos soporte de las pretensiones:** Los hechos que soportan las pretensiones de la Parte Convocante están relacionados y debidamente clasificados en el texto de la demanda arbitral²⁶, y a ellos se remitirá el Tribunal al momento de resolver las pretensiones y excepciones formuladas.
5. **Excepciones propuestas por la sociedad Convocada:** La sociedad convocada se opuso a la totalidad de las pretensiones contenidas en la demanda arbitral y propuso como excepciones las contenidas en los siguientes títulos²⁷:
- a) *Incompatibilidad de las pretensiones con el objeto del contrato.*
 - b) *Desconocimiento de las bases en la determinación del precio del contrato.*
 - c) *Ausencia de pacto arbitral encaminado a reconocer el pago de servicios adicionales no previstos en el contrato.*
 - d) *Indebida escogencia de la acción propuesta.*
 - e) *Contradicción sustancial de las pretensiones de la demanda.*
 - f) *Ausencia de pacto para la prestación de servicios adicionales.*
 - g) *Inexistencia de hechos sobrevinientes que alteraran la conmutatividad del contrato.*
 - h) *Imposibilidad de revisión por imprevisión, pues la prestación se cumplió.*
 - i) *Inexistencia de la obligación a cargo de Nueva EPS de revisar los costos del contratista.*

²⁶ Folios 9 a 38, Cuaderno Principal
²⁷ Folios 279 a 299, Cuaderno Principal N° 1

- j) *Inexistencia del daño en relación con el supuesto deber incumplido de revisar los costos del servicio.*
- k) *Desconocimiento de los riesgos asociados a las prestaciones comprometidas.*
- l) *Valor probatorio de la contabilidad de Delta.*
- m) *Mala fe – comportamiento contrario a sus propios actos.*
- n) *El restablecimiento del valor del contrato no puede comprender el pago reclamado.*
- ñ) *Ausencia de vicio en relación con las notas de crédito y facturas que fueron expedidas.*
- o) *Confusión deliberada entre los regímenes de pago del componente variable y aplicación de descuentos por razón de incumplimientos parciales o cumplimientos extemporáneos de los indicadores de gestión por metas y nivel de servicio.*
- p) *Excepción de contrato no cumplido.*
- q) *Plazo para el pago de facturas.*
- r) *Purga de la mora*
- s) *Caducidad de la acción.*

6. Las pruebas decretadas y practicadas: El Tribunal considera necesario, para el sustento de la decisión que adoptará en este Laudo, relacionar los medios de prueba solicitados por las Partes y decretados por Auto de 14 de marzo de 2019²⁸.

Las pruebas que se practicaron en su integridad a partir del 2 de abril de 2019 y hasta el 19 de diciembre de 2019 y obran en el expediente, con excepción de las desistidas por los apoderados, son las siguientes:

6.1. Pruebas solicitadas por la Parte convocante

6.1.1. Documentales: Se ordenó tener como pruebas, con el valor legal que corresponda, los documentos aportados por esta Parte al proceso que relacionó en la demanda arbitral radicada el 12 de octubre de 2017²⁹ y ii) al descorrer el traslado de las excepciones propuestas, el 22 de enero de 2019³⁰.

²⁸ Acta No. 6., Folios 368 a 380, Cuaderno Principal N° 1

²⁹ Folios 52 a 56, Cuaderno Principal N° 1

³⁰ Folios 309 a 332, Cuaderno Principal

6.1.2. Exhibición de documentos: Se decretó la práctica de exhibición de documentos por parte de **NUEVA EPS**, con el fin de que exhibiera los documentos relacionados en la demanda arbitral, esto es, "(...) *todos los documentos que se encuentren en su poder y que no se aporten con esta Demanda. En especial todos aquellos relacionados con la etapa precontractual y con la estimación de número de facturas, pacientes y/o auditorias que hizo NUEVA EPS respecto de cada una de las IPS que fueron asignadas a DELTA A SALUD, para determinar las tarifas que se iban a utilizar en el Contrato. Lo anterior, con el fin de probar las diferencias que existieron al momento de estimar los costos de la auditoría en la Etapa precontractual respecto del valor real del Contrato durante su ejecución.*"

Por Auto de 14 de mayo de 2019 el Tribunal ordenó, de oficio, que la diligencia de exhibición de documentos se practicara con inspección judicial e intervención de perito en la sede principal de **NUEVA EPS**, para lo cual fue designada la sociedad **Íntegra Auditores Consultores S.A.** (en adelante en este laudo sólo **ÍNTEGRA**) como perito para que asistiera al Tribunal en la práctica de la referida prueba y absolviera el cuestionario que de oficio se le formularía.

El 4 de junio de 2019 tuvo lugar la referida diligencia, oportunidad en la cual el Tribunal formuló el cuestionario y fijó el 5 de agosto de 2019 como fecha para rendir el respectivo dictamen³¹.

El 15 de julio de 2019 el perito solicitó ampliación del plazo para la entrega del dictamen, por lo cual, por Auto de 5 de agosto siguiente se concedió una ampliación hasta el 30 de agosto de ese año³².

El 27 de agosto de 2019 **ÍNTEGRA** solicitó nuevamente una ampliación del plazo para rendir el dictamen, por lo cual, por Auto de 30 de agosto siguiente se concedió una nueva ampliación hasta el 13 de septiembre de 2019³³.

El 13 de septiembre de 2019 el perito rindió el dictamen decretado de oficio, del cual se corrió traslado entre los días 9 de septiembre y 2 de octubre de 2019.

El 2 de octubre de 2019 los señores apoderados de las partes formularon solicitudes de aclaración y complementación al dictamen pericial, las cuales fueron ordenadas por Auto de 9 de octubre de 2019³⁴.

³¹ Acta N° 12, Folios 441 a 449, Cuaderno Principal

³² Acta N° 13, Folios 456 a 458, Cuaderno Principal

³³ Acta N° 14, Folios 462 a 464, Cuaderno Principal

³⁴ Acta N° 15, Folios 488 a 491, Cuaderno Principal

El 5 de noviembre de 2019 se presentaron las aclaraciones y complementaciones al dictamen decretado de oficio y, posteriormente, el 12 de noviembre siguiente, el perito radicó escrito dando alcance al escrito presentado, del cual se corrió traslado a las partes de forma conjunta entre los días 14 y 27 de noviembre de 2020³⁵.

El 25 de noviembre de 2019 el Tribunal ordenó al perito rendir la solicitud de aclaración y complementación respecto de la pregunta N° 3 formulada por la sociedad **NUEVA EPS**.

El 29 de noviembre de 2019 el señor apoderado de la sociedad convocada presentó recurso de reposición en contra de la decisión de 25 de noviembre anterior, la cual fue resuelta mediante Auto de 6 de diciembre de 2019.

El 10 de diciembre de 2019 la sociedad **ÍNTEGRA** rindió las aclaraciones y complementaciones ordenadas.

El 18 de diciembre de 2019 el señor apoderado de la sociedad convocada radicó memorial con el cual objetó por error grave el dictamen pericial decretado de oficio y, además, aportó como soporte el denominado "*Informe sobre procedimientos Previamente Acordados de acuerdo con NISR 400*" elaborado por la firma Deloitte & Touche Ltda.

Sobre la objeción por error grave formulada en contra del dictamen el Tribunal se pronunciará más adelante.

6.1.3. Interrogatorio de Parte: Se decretó el interrogatorio de parte del representante legal de la sociedad **NUEVA EPS**, doctora Adriana Jiménez Báez, el cual fue practicado el día 2 de abril de 2019³⁶.

Dicho interrogatorio fue grabado y el CD con el archivo de audio se puso a disposición de las Partes y se agregó a los cuadernos de pruebas del expediente, junto con su transcripción.

6.1.4. Declaraciones de terceros: Por solicitud de la parte convocante se recibieron los testimonios de las siguientes personas:

³⁵ Acta N° 17, Folios 505 a 511, Cuaderno Principal

³⁶ Acta N° 7, Folios 399 a 406, Cuaderno Principal

6.1.4.1. Guillermo Enrique Sánchez Torres, "*actual Vicepresidente Gestión del Conocimiento de DELTA A SALUD*". – Acta N° 8 de 29 de abril de 2019. Al final de esta declaración el señor apoderado de la sociedad convocada formuló tacha de sospecha de este testigo, la cual se resolverá más adelante en este Laudo.

6.1.4.2. Álvaro Enrique Bustos Mejía, "*actual Consultor de la Presidencia de DELTA A SALUD, quien ostentaba la condición de representante legal de la Empresa para la fecha de los hechos*". – Acta N° 9 de 2 de mayo de 2019.

6.1.4.3. Edna Carolina Rodríguez Bolívar, "*funcionaria de la Nueva EPS*". - Acta N° 9 de 2 de mayo de 2019.

6.1.4.4. Vicky Dumidia Vueltas Melo, "*funcionaria de gestión Hospitalaria y Auditoria de Nueva EPS*" – Acta N° 10 de 9 de mayo de 2019.

6.1.4.5. Alberto Hernán Guerrero Jácome, "*funcionario de Nueva EPS*". Acta N° 10 de 9 de mayo de 2019

Las declaraciones fueron grabadas y los CDs con los archivos de audio correspondientes igualmente se pusieron a disposición de las Partes y se agregaron a los cuadernos de pruebas del expediente, junto con su transcripción y los documentos aportados en el curso de las declaraciones.

En el curso de proceso la sociedad convocante desistió del testimonio del señor Martin Carrillo Loaiza, lo cual fue aceptado por el Tribunal (Acta N° 10 de 9 de mayo de 2019).

6.1.5. Experticia de parte: Se tuvo en cuenta, en los términos del artículo 227 del C.G.P., el Dictamen Pericial de parte suscrito por el experto en Contaduría y Finanzas doctor **Fernando Borda Suárez** y que fue aportado con la demanda³⁷.

6.1.6. Prueba por Informe: De conformidad con lo previsto en el artículo 275 del C.G.P., se decretó la práctica de prueba por informe a cargo de **NUEVA EPS**, con el fin que informará sobre "*la composición accionaria de la Demandada, señalando expresamente al momento en que se radicó la Demanda, el porcentaje que tiene cada accionista en dicha sociedad y discriminando cuáles accionistas corresponden a entidades públicas, dicha certificación deberá ser emitida por el representante legal de la Demandada o su revisor fiscal*"³⁸.

³⁷ Folios 250 a 279, Cuaderno de Pruebas N° 1

³⁸ Folio 332, Cuaderno Principal.

Dicha certificación fue aportada en audiencia por el señor apoderado de la sociedad convocada el día 2 de abril de 2019³⁹.

6.2. Pruebas solicitadas por la parte convocada

6.2.1. Documentales: Se ordenó tener como pruebas, con el valor legal que corresponda, los documentos aportados por esta parte al proceso que relacionó en la contestación a la demanda arbitral que se radicó el 11 de enero de 2019⁴⁰ y que están contenidas en medio magnético.

6.2.2. Dictámenes periciales: Se decretó la práctica de dictámenes periciales, así:

6.2.2.1. Dictamen por *"perito experto en ciencias económicas, contables o financieras"*, para los fines indicados en la contestación de la demanda⁴¹, esto es, *"determinar, con base en la contabilidad de la empresa demandante, el estado de cuenta de ejecución del contrato materia de conflicto, para el periodo de ejecución, discriminando mes a mes, evidenciando los registros de abonos por concepto de pagos a intereses de mora, saldo por capital de facturas no pagadas en su totalidad, y demás información relevante que permita determinar que esa empresa no aceptó como definitivos los pagos que de tiempo en tiempo le hizo Nueva EPS "*. Dicho dictamen fue rendido por la sociedad **ÍNTEGRA** el día 13 de mayo de 2019.

El 27 de mayo de 2019 **DELTA** radicó solicitud de aclaraciones y complementación al dictamen⁴², que fueron ordenadas por Auto de 4 de junio de 2019⁴³.

El perito rindió las respectivas aclaraciones y complementaciones el 19 de junio de 2019⁴⁴ y, dentro del traslado de éstas, el 22 de agosto siguiente el señor apoderado de la convocada radicó pronunciamiento sobre dichas aclaraciones y complementaciones y solicitó que se incluyera dicho memorial como manifestación de parte⁴⁵.

³⁹ Acta N° 7, Folios 399 a 406, Cuaderno Principal N° 1

⁴⁰ Folio 299, Cuaderno Principal

⁴¹ Folios 299 y 300, Cuaderno Principal

⁴² Folios 438 a 440, Cuaderno Principal No. 1

⁴³ Acta 12, folios 441 a 448, Cuaderno Principal No. 1

⁴⁴ Folios 614 a 630, Cuaderno de Pruebas N° 1

⁴⁵ Folios 631 a 633, Cuaderno de Pruebas N° 1

6.2.2.2. Dictamen por "*perito experto en ciencias estadísticas*", para los fines indicados en la contestación de la demanda⁴⁶, esto es, "*determine si la metodología aplicada por Delta para fijar un mayor número de servicios de auditoria bajo el contrato, es compatible con las reglas de observación y medición de servicios asociados al objeto y alcance del contrato, incluida -de existir- la identificación de las posibles causas de la alteración denunciada en la demanda*".

En curso del proceso la sociedad convocada desistió de la práctica del dictamen, lo cual fue aceptado por Auto de 2 de abril de 2019⁴⁷.

6.2.3. Exhibición de documentos: Se decretó la práctica de exhibición de documentos por parte **DELTA**, con el fin de que exhibiera los documentos relacionados en la contestación de la demanda arbitral⁴⁸, esto es, **i)** "*(...) la información relacionada con el estudio de costos o modelo de costos y presupuesto elaborado y preparados por esa empresa para proceder a suscribir el contrato materia del conflicto, así como los otrosíes o prórrogas en los que las partes pactaron, en adición al plazo del contrato, unos valores para remunerar las actividades respectivas*"; así como **ii)** "*las actas de junta directiva u órgano equivalente, así como de asamblea de accionistas, correspondientes al periodo que va desde los dos meses anteriores a la celebración del contrato y el 31 de diciembre de año 2012*"

Dicha diligencia fue practicada en la sede del Tribunal el 2 de abril de 2019⁴⁹ y se incorporaron al expediente copia de los documentos exhibidos.

6.2.4. Interrogatorio de Parte: Se decretó el interrogatorio de parte del representante legal de **DELTA**, doctor Alberto León Torres. Dicha prueba fue practicada el día 2 de abril de 2019⁵⁰.

Este interrogatorio fue grabado y el CD con el archivo de audio se puso a disposición de las Partes y se agregó a los cuadernos de pruebas del expediente, junto con su transcripción.

El 9 de abril de 2019 el señor representante legal de la sociedad convocante radicó la respuesta pendiente de su interrogatorio relativa a "*Una de las pretensiones de este proceso, que formula DELTA A SALUD es que se condene a la NUEVA EPS al pago de COP\$2.919.910.593,33 a favor de DELTA A SALUD, por concepto de servicios*

⁴⁶ Folio 299, Cuaderno Principal

⁴⁷ Acta N° 7, Folios 399 a 406, Cuaderno Principal N° 1

⁴⁸ Folio 299 y 300, Cuaderno Principal

⁴⁹ Acta N° 7.

⁵⁰ Acta N° 7, Folio 404, Cuaderno Principal

adicionales efectivamente prestados y que no fueron estimados en el Contrato 134-10, ni tampoco fueron reconocidos ni pagados por NUEVA EPS, le pregunta el Tribunal si esa suma corresponde, total o parcialmente, a los servicios prestados en los primeros 6 meses de vigencia del Contrato 134-10, si o no”⁵¹

6.2.5. Contradicción dictamen técnico aportado por la Parte Convocante

De conformidad con lo autorizado por el artículo 228 del C.G.P., se decretó la declaración del Contador Público **Fernando Borda Suárez**, quien rindió el dictamen aportado por la Parte Convocante con la demanda arbitral.

La declaración del doctor Borda Suarez fue recibida el 29 de abril de 2019⁵² y el CD con el archivo correspondiente se puso a disposición de las Partes y se agregó a los cuadernos de pruebas del expediente, junto con su transcripción.

6.2.6. Declaraciones de terceros: Por solicitud de la parte convocada se recibieron los testimonios de las siguientes personas:

6.2.6.1. Álvaro Enrique Bustos, *“funcionario de Delta para la época en que el contrato fue ejecutado - Acta N° 9 de 2 de mayo de 2019.*

6.2.6.2. Edna Carolina Rodríguez Bolívar, *“funcionaria de Nueva EPS para la época en que el contrato fue ejecutado/ (Coordinación de gestión hospitalaria y auditoría)”.* - Acta N° 9 de 2 de mayo de 2019.

6.2.6.3. Vicky Dumidia Vueltas Melo, *“funcionaria de gestión Hospitalaria y Auditoria de Nueva EPS para la época de los hechos” - Acta N° 10 de 9 de mayo de 2019*

6.2.6.4. Alberto Hernán Guerrero Jácome, *“quien fungió como gerente de prestación de servicios de la vicepresidencia de Salud de Nueva EPS”.* - Acta N° 10 de 9 de mayo de 2019. Al final de esta declaración el señor apoderado de la sociedad convocante formuló tacha de sospecha de este testigo, la cual se resolverá más adelante en este Laudo.

Las declaraciones fueron grabadas y los CDs con los archivos de audio correspondientes igualmente se pusieron a disposición de las Partes y se agregaron a los cuadernos de pruebas del expediente, junto con su transcripción y los documentos aportados en el curso de las declaraciones.

⁵¹ Acta N° 8 de 29 de abril de 2019, Folios 410 a 415, Cuaderno Principal N° 1

⁵² Acta N° 8, Folios 410 a 415, Cuaderno Principal N° 1

En el curso de proceso la sociedad convocante desistió del testimonio del señor Martin Carrillo Loaiza (Acta N° 10 de 9 de mayo de 2019).

7. Alegatos de Conclusión: En la audiencia celebrada el 27 de enero de 2020 los señores apoderados de las Partes presentaron verbalmente sus respectivos alegatos de conclusión⁵³ y, adicionalmente, en la misma fecha entregaron para el expediente los escritos que contienen sus intervenciones.

A su turno, el día 3 de febrero de 2020 el señor Agente del Ministerio Público radicó su Concepto respecto de las controversias que se debaten en este proceso⁵⁴.

A los alegatos de las partes y al Concepto de la Procuraduría el Tribunal se referirá más adelante al analizar cada una de las pretensiones de la demanda arbitral y las respectivas excepciones.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. Excepción de caducidad

Se procede a resolver, en primer lugar, la excepción de Caducidad propuesta por la parte convocada por cuanto que, de encontrarla probada, el Tribunal quedaría relevado de examinar las pretensiones de la demanda.

Aduce **NUEVA EPS** que la acción impetrada se encuentra más allá del plazo fijado en la ley, por tratarse de una sociedad en la que el Estado, por intermedio de La Previsora, tiene participación accionaria. En virtud de lo anterior, agrega que dicha organización ha sido considerada por la jurisprudencia constitucional como una entidad descentralizada por servicios de carácter indirecto y que, en consecuencia, los contratos que celebra se someten a los términos fijados para el ejercicio de las acciones contractuales establecidas en la Ley 1437 de 2011, fijado en dos años. De donde concluye que la acción que da lugar a este trámite arbitral, se encuentra caducada.

⁵³ Acta No. 20, Folios 191 a 196, Cuaderno Principal No. 2

⁵⁴ Folios 197 a 231 Cuaderno Principal N° 2

Mientras que para la convocada se trata de una entidad pública, acepción que dice ser equivalente a la de entidad estatal y estatales en consecuencia los contratos que celebra, la convocante afirma que se trata de una sociedad de economía mixta, con participación de capital privado superior al 50%, en virtud de lo cual el contrato objeto de la controversia, no es de naturaleza estatal.

En relación con este aspecto y con el momento en el cual lo precisa el Tribunal, el panel encuentra de mérito señalar que ello emerge luego de haberse evacuado en debida forma el tracto probatorio o etapa instructiva, como también que se hubieren presentado las alegaciones de las partes, etapas indispensables para la constatación o descarte de la operancia de la caducidad planteada. Se recuerda que, entre los elementos fundamentales para decidir la excepción propuesta, la prueba sobre la composición accionaria de **NUEVA EPS**⁵⁵ solo se obtuvo luego de la primera audiencia de trámite y, en consecuencia, luego de culminadas las fases procesales es que se cuenta con los elementos de análisis fácticos, legales y jurídicos para efectuar integralmente el análisis de este aspecto, sin duda vital para la resolución de este litigio, y con certeza plena para que se pueda colegir si se ha producido o no la extinción de la acción por el transcurso del tiempo. Así lo advirtió el Tribunal cuando se refirió a este asunto al resolver sobre su competencia, sin perjuicio de que con ocasión del Laudo volvería a analizarlo con fundamento en los hechos que resultaran demostrados en el curso del proceso.

Se agrega que, en punto tan sensible como la caducidad, dado su efecto de enervar automáticamente las pretensiones, el Tribunal debía desplegar debido celo con su eventual acreditación ante la potencialidad de impedir cualquier pronunciamiento sobre las pretensiones de la convocante como lo prevé el CGP al indicar que: *"Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, debe abstenerse de examinar las restantes [...]".*

Valga la pena mencionar que la caducidad de la acción supone que su ejercicio se encuentre sujeto a un plazo que corre inexorablemente, fenómeno que a veces concurre de bulto y en otras ocasiones, como en el presente, solo puede corroborarse luego de cursadas o rematadas ciertas actuaciones procesales.

Consecuencia lógica de la caducidad es que la reclamación pierde su oportunidad – como condición de habilitación–, si la acción no se ejercita en un determinado plazo definido legalmente⁵⁶.

⁵⁵ Certificación sobre Composición Accionaria expedida el 2 de abril de 2019 por **NUEVA EPS** y suscrita por su Representante Legal. Folio 327 Cuaderno de Pruebas N° 1

⁵⁶ Sobre este instituto precisamente nuestra Corte Suprema de Justicia ha expuesto: *"La caducidad, en concepto de la doctrina y la jurisprudencia, está ligada con el concepto de plazo extintivo en sus especies de perentorio e improrrogable; el que*

A su vez, la no ocurrencia de la caducidad se acredita cuando el derecho que se pretende se ejercita en un determinado plazo. Se alude entonces al hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del plazo prefijado, como lo afirma la Corte Suprema de Justicia⁵⁷, de índole preclusiva, al haberse superado un plazo dentro del cual, y únicamente dentro de él, debe realizarse el acto de reclamación, con el fin de evitarle perder eficacia jurídica⁵⁸.

La ocurrencia de la caducidad se supedita, pues, a dos circunstancias: de un lado, a la inactividad del sujeto que tenía la potestad de ejercer la acción y, de otro, al transcurso del plazo perentorio para instaurarla.

Se reitera que, en todo caso, a la hora de acreditar si se configuraba o no su existencia, era menester adelantar la actuación plenamente para, conforme al recaudo probatorio y una vez se surtieran otras etapas, evidenciar con certeza absoluta la existencia de circunstancias que impidieran o no el ejercicio de la acción y, que a la postre, condujeran a la imposibilidad de pronunciarse sobre la demanda impetrada.

En materia administrativa se imponen, en efecto, términos perentorios para la caducidad de la acción contractual o del medio de control de controversias contractuales (Art.164 CPACA).

Sobre el fenómeno de la caducidad ha dicho la Sección Tercera del Consejo de Estado:

"Recuérdese que la caducidad es un fenómeno jurídico en virtud del cual el demandante pierde la facultad de accionar ante la jurisdicción, por no haber ejercido su derecho dentro del término que la ley señala. En la caducidad deben concurrir dos supuestos: el transcurso del tiempo y el no ejercicio de la acción. Dicho término está edificado sobre el beneficio de señalar un plazo objetivo, invariable, para que quien considere ser titular de un derecho opte por accionar o no. Es por lo anterior que no puede ser materia de convención antes de que se cumpla, ni puede renunciarse después de transcurrido.

*vencido la produce sin necesidad de actividad alguna ni del juez ni de la parte contraria. De ahí que pueda afirmarse que hay caducidad cuando no se ha ejercitado un derecho dentro del término que ha sido fijado por la ley para su ejercicio [...] el fin de la caducidad es preestablecer el tiempo en el cual el derecho puede ser útilmente ejercitado [...] en la caducidad se considera únicamente el hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del término prefijado, prescindiendo de la razón subjetiva, negligencia del titular, y aún la imposibilidad de hecho."*⁵⁶

⁵⁷ Exp. R-6630. Sentencia del 16 de junio de 1997.

⁵⁸ Al respecto ha dicho también la Corte Constitucional: "(...) el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se halla en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso. Esta es una figura de orden público lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del juez, cuando se verifique su ocurrencia." [Sentencia C-832 de 2001]

*La facultad de accionar comienza con el plazo fijado por la ley y nada obsta para que se ejerza desde el primer día, pero fenece definitivamente al terminar el plazo improrrogable, pues opera de pleno derecho dado que contiene plazos, en general, no susceptibles de interrupción ni de suspensión.*⁵⁹

La caducidad, concebida por el Legislador como institución de orden público, impone concluir que frente a pretensiones que no se hubieran manifestado antes de que concluyera el término preclusivo, las mismas ya no son admisibles porque, de serlo, se convertiría en permanente la facultad de ejercer en cualquier momento el derecho de acceso a la administración de justicia y se dejaría abierto el conflicto de manera indefinida, vulnerando así la seguridad jurídica y extendiendo irrazonablemente la protección a quien desee la obtención de un fallo definitivo.

Aspecto fundamental para el estudio de la eventual operancia de la caducidad en el presente caso, es analizar la naturaleza jurídica del contrato, y por sobre todo, la de los entes que lo suscribieron.

1.1. El contrato celebrado entre las partes.

Obra en el expediente⁶⁰ copia del "CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS N° 134-10" y sus anexos, suscrito el 7 de septiembre de 2010 entre la sociedad **NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A.**, como Contratante, y la sociedad **DELTA A SALUD LTDA.** (hoy S.A.S.), como Contratista, el cual, según su Cláusula Primera, tuvo por objeto:

"PRIMERA: OBJETO.- EL CONTRATISTA se obliga para con la NUEVA EPS a realizar la Auditoría de Seguimiento y Auditoría Específica en las IPS que les sean asignadas por NUEVA EPS. **PARÁGRAFO:** Las IPS en las cuales EL CONTRATISTA debe ejecutar el presente contrato, son las que se indican en el ANEXO N° 1, sin perjuicio que el mismo pueda ser modificado en cualquier momento durante la ejecución del contrato por parte de la NUEVA EPS previo aviso al CONTRATISTA con treinta (30) días de anticipación. (...)"⁶¹.

Para determinar la naturaleza jurídica del contrato celebrado por las partes, si se trata de un contrato estatal de prestación de servicios o de uno de igual categoría pero de naturaleza privada, es necesario precisar la naturaleza del sujeto que lo suscribe. Ni el objeto del contrato –prestación de servicios– ni su régimen legal, terminan siendo los factores relevantes para atribuirle naturaleza administrativa, civil o comercial, ya

⁵⁹ Sentencia de 5 de diciembre de 2016 [Expediente 25000-23-26-000-2002-02773-01(37069)]. Véase también: Sentencia de 12 de julio de 2017 [Expediente 850012333002201600240 01 58800].

⁶⁰ Folios 2 a 51, Cuaderno de Pruebas N° 1.

⁶¹ Folio 2, Cuaderno de Pruebas N° 1.

que finalmente lo que va a determinar dicha calificación es la naturaleza de quien lo ha celebrado.

Es por ello que será necesario dilucidar primero si se trata de un contrato estatal de prestación de servicios (Art. 32 L.80/93) para determinar si a las controversias derivadas del mismo les es aplicable el artículo 164⁶² del CPACA, que establece que en las demandas relativas a contratos estatales – con independencia de su régimen jurídico –, cuando no se pretenda su nulidad, el término de caducidad es de dos (2) años.

En lo que hace al presente caso, la parte convocada aduce que la **NUEVA EPS** es una sociedad en la que el Estado, por intermedio de la Previsora, tiene una participación accionaria, lo que hace que haya sido considerada como una entidad descentralizada por servicios de carácter indirecto y que, en consecuencia, los contratos que ella celebra se someten a los aludidos términos fijados para el ejercicio de las acciones contractuales establecidos en la Ley 1437 de 2011, que es de dos (2) años⁶³.

En otras palabras, se ha esgrimido como fundamento de la excepción de caducidad que **NUEVA EPS** es una entidad estatal por tener participación de la Previsora; que al ser una entidad estatal el Contrato 134 – 10 es estatal y que, por ende, se aplican las reglas del CPACA en específico el cómputo de la caducidad para el ejercicio del medio de control de controversias contractuales consagrado en el artículo 164 del CPACA.

Lo anterior obliga a que se indague sobre la naturaleza de la aquí demandada para determinar si se le pueden atribuir las mentadas consecuencias.

⁶² “CPACA. Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

(...)

j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente.

En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:

i) En los de ejecución instantánea desde el día siguiente a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;

ii) En los que no requieran de liquidación, desde el día siguiente al de la terminación del contrato por cualquier causa;

iii) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, desde el día siguiente al de la firma del acta;

iv) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe;

v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga;

(...).”

⁶³ Literal j) del artículo 164 del CPACA.

1.2. La naturaleza jurídica de la Convocada.

La sociedad **NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A.**, según el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido el 9 de enero de 2019 por la Cámara de Comercio de Bogotá⁶⁴, fue constituida mediante Escritura Pública N° 753 de la Notaria 30 del Circulo de Bogotá, del 22 de marzo de 2007 y ha sido reformada en varias oportunidades, como una sociedad comercial del tipo de las anónimas.

Ahora bien, la Corte Constitucional se ha ocupado en múltiples oportunidades⁶⁵ de señalar la naturaleza de **NUEVA EPS** como una "*sociedad de economía mixta*". Entre ellas, en el auto 082 del 18 de febrero de 2009⁶⁶ se expuso lo siguiente:

"Así las cosas, -de acuerdo con la Constitución, la jurisprudencia de la Corte y la ley-, "hoy en día los elementos configurativos de las sociedades de economía mixta son (i) creación o autorización legal; (ii) carácter de sociedades comerciales; (iii) su objeto social es el cumplimiento de actividades industriales y comerciales, con ánimo de lucro; (iv) sujeción a las reglas del Derecho privado, 'salvo las excepciones que consagra la ley'; (v) capital integrado por aportes del Estado y de particulares, en cualquier proporción; (vi) vinculación y consecuente sujeción a controles administrativos".

2.2. A esas características responde la Nueva EPS, ya que fue creada por autorización de la Ley 1151 de 2007, artículo 155. Por otra parte, se trata de una sociedad anónima, sometida al régimen de las empresas de salud, constituida mediante escritura pública No. 753 del 22 de marzo de 2007. La participación accionaria en la Nueva EPS está dividida entre entidades públicas y privadas. Mientras la Positiva Seguros S.A. –entidad pública– ostenta el 50% menos una acción, Colsubsidio, Cafam, Compensar, Comfenalco Antioquia, Comfenalco Valle y Comfandi –entidades privadas– tienen el 50% más una acción. Finalmente, esta sociedad recibió autorización de funcionamiento mediante la Resolución No. 371 del 3 de abril de 2008, expedida por la Superintendencia de Salud...".

Sumado a lo anterior, frente al argumento de la Nueva EPS en el sentido de que su naturaleza jurídica no es mixta en razón a que al momento de su constitución no contó con capital público y que la capitalización por parte de La Previsora, hoy Positiva S.A., se dio con posterioridad a su conformación⁶⁷, es importante recordar que la naturaleza jurídica de una sociedad de economía mixta se da por la participación de capital público en la misma, sin que ni siquiera interese la proporción de dicha participación, pues lo verdaderamente relevante es que se trate de dineros públicos con los cuales, como se da en el presente caso, se está prestando el servicio de seguridad social en salud. En este sentido, la sentencia C-953 de 1999 fue enfática al señalar que: "...esta naturaleza jurídica surge siempre que la composición del capital sea en parte de propiedad de un ente estatal y en

⁶⁴ Folios 333 a 342, Cuaderno Principal.

⁶⁵ Corte Constitucional, autos 039, 041, 051, 081, 082, 083, 108, 111, 127, 129, 136, 139, 140 de 2009.

⁶⁶ Ratifica lo dicho en la Sentencia C-953 de 1999⁶⁶, donde la Corte dijo que la existencia de una sociedad de economía mixta sólo requiere que su capital esté formada por aportes estatales y privados, sin importar los porcentajes mínimos de participación.

⁶⁷ Llama la atención que la demandada haya sostenido en otros procesos, como el que aquí se cita, que Nueva EPS S.A. no fue creada por mandato legal como entidad pública o de naturaleza mixta; que no está adscrita a ningún órgano estatal para efectos de control (artículo 98 de la Ley 489 de 1998); y que la participación del capital estatal se dio con posterioridad a su creación y que, en todo caso, tal participación es menor al 50% del capital social, consideraciones evidentemente contrarias a las esgrimidas en este proceso.

parte por aportes o acciones de los particulares, que es precisamente la razón que no permite afirmar que en tal caso la empresa respectiva sea "del Estado" o de propiedad de "particulares" sino, justamente de los dos, aunque en proporciones diversas, lo cual le da una característica especial, denominada "mixta", por el artículo 150, numeral 7º de la Constitución."

Este concepto encuentra también cobijo en lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley 489 de 1998, que señala que las sociedades de economía mixta se constituirán: *"bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley."*

A su turno, señala también la Corte⁶⁸ que **NUEVA EPS**, además de la prenotada calidad de ser una sociedad de economía mixta, forma parte del sector descentralizado por servicios de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, tal como lo establece el artículo 38 de la Ley 489 de 1998. Según esta norma la rama ejecutiva del poder público está integrada, entre otros, **"por las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta"**:

"Artículo 38. Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:
(...)

Del Sector descentralizado por servicios:

- a) Los establecimientos públicos;
- b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;
- c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;
- d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;
- e) Los institutos científicos y tecnológicos;
- f) **Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;**
- g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público. (Destacado fuera del texto).

1.3. Composición de la Convocada.

De conformidad con certificado arrimado al expediente⁶⁹, la participación de capital estatal en NUEVA EPS se configura porque la entidad pública Positiva Seguros S.A.

⁶⁸ Corte Constitucional, auto 051 del 10 de febrero de 2009 y ICC-1358 aprobado en Sala Plena del 4 de febrero de 2009. Así se anotó: "2. *Analizada la situación planteada, se observa que la acción de tutela es contra la Nueva EPS, que es una sociedad anónima, en donde el 50 por ciento más una acción es aporte de capital privado social, que son las cajas de compensación, y el 50 por ciento menos una acción es aporte de La Previsora Vida, empresa estatal y comercial del Estado del orden nacional. Frente a lo descrito anteriormente y a la luz de lo dispuesto en el inciso 2º del numeral 1º, artículo 1º del Decreto 1382 de 2000, "A los jueces del circuito o con categoría de tales, le serán repartidas para su conocimiento, en primera instancia, las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier organismo o entidad del sector descentralizado por servicios del orden nacional o autoridad pública del orden departamental".*

⁶⁹ Folios 333 a 342, Cuaderno Principal.

cuenta con el 50 por ciento menos una acción de su capital social, mientras que el 50 por ciento más una acción es aporte de capital privado, perteneciente a varias cajas de compensación, como reseña el siguiente cuadro:

ACCIONISTAS	Número de acciones	Capital suscrito	Participación accionaria
POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.	6.414.147	147.525.381.000	49,9985%
CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR CAFAM	1.677.663	38.586.249.000	13,0774%
CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR COMPENSAR	1.677.663	38.586.249.000	13,0774%
CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDO	1.677.663	38.586.249.000	13,0774%
CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR COMFENALCO VALLE	1.238.060	28.475.380.000	9,6507%
CAJA DE COMP.FAMILIAR COMFENALCO ANTIOQUIA	134.069	3.083.587.000	1,0451%
CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR - COMFANDI	9.418	216.614.000	0,0734%
TOTAL	12.828.683	295.059.709.000	100%

De manera tal que la participación accionaria en la Nueva EPS está dividida entre entidades públicas y privadas. Mientras Positiva Compañía de Seguros S.A. –entidad pública- ostenta el 50% menos una acción, Colsubsidio, Cafam, Compensar, Comfenalco Antioquia, Comfenalco Valle y Comfandi –entidades privadas- tienen el 50% más una acción. Lo anterior permite evidenciar que “Positiva” tiene una participación del 49,99%, es decir inferior al 50% del capital suscrito, aspecto en todo caso fundamental para determinar tanto la naturaleza jurídica de la entidad como de los contratos que celebra.

1.4. Efectos de la naturaleza y de la composición accionaria de la Convocada a efectos de determinar la ocurrencia de la caducidad alegada.

El artículo 2º de la Ley 80 de 1993 señala que son entidades estatales “*las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%)*”. (Subraya el Tribunal).

A su vez, son estatales los contratos que estas entidades celebran porque la ley acogió el criterio orgánico o subjetivo para determinar la naturaleza de tales contratos en razón del sujeto que los celebra, todo ello con independencia del régimen jurídico que les sea aplicable. Así se establece en el artículo 32 de la ley 80 de 1993 en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad (...)"

En múltiples ocasiones se ha referido el Consejo de Estado a este criterio, con consideraciones como las siguientes:

*"La Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, hay lugar a concluir que deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza. (...) adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual si se considera que determinado ente es estatal, por contera habrá de concluirse que los contratos que celebre deberán tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable. Esta afirmación encuentra soporte legal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que al tratar de definir los contratos estatales adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato"*⁷⁰

De otro lado, como también lo ha afirmado el Consejo de Estado⁷¹, sí el aporte del Estado es inferior al 90% del capital de la compañía, la sociedad se encuentra sujeta a las reglas y pautas del derecho privado, en cuanto a los actos, contratos, régimen laboral, organización empresarial, manejo contable y presupuestal, entre otros. Pero sí la participación es igual o superior al señalado, su régimen será el previsto para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado en la Ley 489 y normas concordantes (Parágrafo, artículo 97 Ley Cit. y 464 Cód. Co.).

También ha discernido dicha corporación en esos casos y frente al régimen de contratación aplicable, que cuando el porcentaje de la participación estatal es del 50% o más, debe observarse la Ley 80 de 1993 o ley de contratación administrativa, de manera que si la participación es inferior al 50%, el régimen de contratación será el privado.

Es claro, entonces, que **NUEVA EPS** es una sociedad de economía mixta y descentralizada por servicios, como antes se anotó, y que por el monto de participación estatal en su capital social, inferior al 50%, su naturaleza no es la de ser una entidad estatal y, por ende, tampoco lo son los contratos que celebra, para los cuales las normas de contratación que los regulan son las propias de la contratación privada y el régimen jurídico aplicable es el regulado en la legislación civil y mercantil vigente. Es así entonces que el Contrato 034-10, base de la presente acción, es uno de prestación de servicios regulado por el régimen privado y no por el artículo 32 del estatuto de la contratación estatal⁷² (Ley 80 de 1993).

⁷⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 21 de noviembre de 2012 [Exp.52001-23-33-1000-1999-0500-01(22507)] Ver entre otras Sentencia de 20 abril de 2005 [Exp.14519]

⁷¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, pronunciamiento proferido el 10 de diciembre de 2004.

⁷² **Ley 80 de 1993. Artículo 32. (...) 3o. Contrato de Prestación de Servicios.** *Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.* (Resalta el Tribunal)

Las premisas que anteceden son relevantes a efectos de establecer si, respecto de las controversias derivadas de los contratos que celebra NUEVA EPS, opera la caducidad en los términos del CPACA, específicamente el artículo 164 de dicho estatuto.

En primer lugar, de conformidad con el párrafo del artículo 104 del CPACA, cuyo párrafo resulta igualmente claro sobre lo que ha de entenderse por una entidad pública para efectos de la aplicación de dicha norma procesal, se establece:

"Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa:

(...)

Parágrafo. Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; **las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital;** y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%". (Subraya el Tribunal)

Lo anterior, descarta la aplicación de las reglas del CPACA a contratos no celebrados por entidades públicas o estatales, pues no es esa la naturaleza jurídica de la sociedad convocada y, consecuentemente, la figura de la caducidad de las acciones de los contratos en el ámbito del derecho administrativo no le resulta aplicable.

Para abundar aún más en razones, el que **NUEVA EPS** pertenezca al sector descentralizado por servicios del orden nacional, no muta su naturaleza ni descarta que la jurisdicción aplicable sea la ordinaria, como lo tuvo por claro el Consejo Superior de la Judicatura señalando lo siguiente:

*"No obstante ser la demandada (NUEVA EPS) una sociedad de economía mixta y pertenecer en consecuencia al sector de las entidades descentralizadas por servicios del orden nacional como se explicó, la competencia del asunto recae en la jurisdicción ordinaria, pues el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo expresamente estableció que la Jurisdicción Contencioso Administrativo esta instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50%, situación que no se presenta en el sublite, pues su composición accionaria como se señaló arriba corresponde en un 50% más una acción a las Cajas de Compensación Familiar Colsubsidio, Cafam, Compensar, C. y Comfenalco Antioquia y Valle, aportes éstos de capital privado social."*⁷³

⁷³ Consejo Superior de la Judicatura. Sala Jurisdiccional Disciplinaria. Auto del 24 de mayo de 2012. Exp. 2012 01182

De pertenecer al sector descentralizado por servicios derivan aspectos diferentes a los pretendidos frente a la caducidad. Así lo aseveró la Corte Constitucional en la sentencia C-736 de 2007, según la cual, las consecuencias que emergen de ello son particularmente las siguientes y no las que aquí se han alegado:

"(i) que están sujetas un control fiscal en cabeza de la Contraloría General de la República, que toma pie en lo reglado por el artículo 267 de la Constitución, y que incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados⁷⁴; (ii) que están sujetas a un control político, que ejerce directamente el Congreso de la República en virtud de lo reglado por el último inciso del artículo 208 de la Constitución Política⁷⁵. (iii) que de conformidad con lo prescrito por el artículo 150 numeral 7, según el cual al Congreso le corresponde "crear o autorizar la constitución de ... sociedades de economía mixta" del orden nacional, su creación o autorización tiene que producirse mediante ley. Correlativamente, en los órdenes departamental y municipal esta misma facultad se le reconoce a las asambleas y concejos, según lo prescriben los artículos 300 numeral 78 y 313 numeral 6, respectivamente, por cual en dichos niveles las empresas de servicios públicos que asumieran la forma de sociedades de economía mixta deben ser creadas o autorizadas mediante ordenanza o acuerdo, según sea el caso; (iv) que les son aplicables las inhabilidades para la integración de órganos directivos a que aluden los artículos 180-3⁷⁶, 292⁷⁷ y 323⁷⁸ de la Carta; (v) que en materia presupuestal quedan sujetas a las reglas de la

⁷⁴ Constitución Política, Artículo 267. *"El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.*

Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado.

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial."

Sobre el control fiscal en entidades de naturaleza mixta, esta Corporación ha explicado dicho control fiscal tiene por objeto la protección del patrimonio de la Nación, *"y por lo tanto recae sobre una entidad, bien pública, privada o mixta, cuando ella recaude, administre o invierta fondos públicos a fin de que se cumplan los objetivos señalados en la Constitución Política. Por ello, el elemento que permite establecer si una entidad o un organismo de carácter privado se encuentra sometido al control fiscal de las contralorías, lo constituye el hecho de haber recibido bienes o fondos de la Nación, según así quedó determinado por el constituyente quien quiso que "...ningún ente, por soberano o privado que sea, puede abrogarse el derecho de no ser fiscalizado cuando tenga que ver directa o indirectamente con los ingresos públicos o bienes de la comunidad; en consecuencia la Constitución vigente crea los organismos de control independientes para todos los que manejen fondos públicos y recursos del Estado, incluyendo a los particulares"*.(Sentencia C-290 de 2002)

⁷⁵ El texto de este inciso es el siguiente: *"Las cámaras pueden requerir la asistencia de los ministros. Las comisiones permanentes, además, la de los viceministros, los directores de departamentos administrativos, el Gerente del Banco de la República, los presidentes, directores o gerentes de las entidades descentralizadas del orden nacional y la de otros funcionarios de la rama ejecutiva del poder público."*

Sobre el alcance de este tipo de control político puede verse la Sentencia C-198 de 1994.

⁷⁶ El artículo 180-3, prescribe que los congresistas no podrán *"ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades descentralizadas de cualquier nivel..."*.

⁷⁷ El artículo 292, en relación con las entidades del orden departamental y municipal, dispone que *"los diputados y concejales y sus parientes dentro del grado que señale la ley no podrán formar parte de juntas directivas de las entidades descentralizadas del respectivo departamento, distrito o municipio"*.

⁷⁸ El artículo 323 sobre el régimen especial del Distrito Capital (último inciso) prescribe que los concejales y los ediles (que son los miembros de las juntas administradoras locales) no podrán hacer parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas:

ley orgánica del presupuesto⁷⁹; (vi) que en materia contable quedan sujetas a las reglas de contabilidad oficial⁸⁰.”

A las anteriores consideraciones se agrega que el tipo de vinculación que ata a las sociedades de economía mixta a la administración se concreta en un tipo de control llamado “*de tutela*”, según marco legal establecido en la Ley 489 de 1998, cuyos artículos 41, 98 y 99 prescriben en su orden, de conformidad con prenotada jurisprudencia: (i) que en el nivel nacional, “*los ministros y directores de departamento administrativo orientan y coordinan el cumplimiento de las funciones a cargo de ... las sociedades de economía mixta que les estén adscritas o vinculadas o integren el Sector Administrativo correspondiente*” (art. 41); (ii) que “*en el acto de constitución de toda sociedad de economía mixta se señalarán las condiciones para la participación del Estado que contenga la disposición que autorice su creación, el carácter nacional, departamental, distrital o municipal de la sociedad; así como su vinculación a los distintos organismos para efectos del control que ha de ejercerse sobre ella*” (art. 98); y (iii) que “*la representación de las acciones que posean las entidades públicas o la Nación en una Sociedad de Economía Mixta corresponde al Ministro o Jefe de Departamento Administrativo a cuyo despacho se halle vinculada dicha Sociedad*” y que “*cuando el accionista sea un establecimiento público o una empresa industrial y comercial del Estado, su representación corresponderá al respectivo representante legal, pero podrá ser delegada en los funcionarios que indiquen los estatutos internos*” (art. 99).

Habrà de descartarse igualmente el argumento según el cual por el solo hecho de poseer aporte estatal, independientemente de su porcentaje, **NUEVA EPS** se encuentre atada al marco de la contratación pública y que le sean aplicables las normas sobre caducidad para el ejercicio de las acciones contractuales establecidas en la Ley 1437 de 2011 de dos (2) años.

Por lo anterior, el Tribunal comparte y acompaña el Concepto del Ministerio Público a este respecto, y que parte de los mismos supuestos jurídicos que aquí se han claramente expuesto, entre los cuales expuso:

⁷⁹ De conformidad con el artículo 352 “además de lo señalado en esta Constitución, la ley orgánica del presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar”

⁸⁰ Según lo dispone artículo 354 “habrá un contador general, funcionario de la rama ejecutiva, quien llevará la contabilidad general de la nación y consolidará ésta con la de sus entidades descentralizadas territorialmente o por servicios, cualquiera que sea el orden al que pertenezcan, excepto la referente a la ejecución del presupuesto, cuya competencia se atribuye a la Contraloría. Corresponden al contador general las funciones de uniformar, centralizar y consolidar la contabilidad pública, elaborar el balance general y determinar las normas contables que deben regir en el país, conforme a la ley”.

"(...)

En el caso concreto, se observa que la entidad convocada NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD EPS S.A. -NUEVA EPS- para la época de suscripción del contrato de prestación de servicios número 134-10 del 7 de septiembre de 2010, no tenía más del 50% de capital público, motivo por el cual el referido contrato no quedaba sometido a la legislación que regía la contratación pública, ni las controversias en él originadas se debían someter a la normatividad contenciosa administrativa, ni correspondería su conocimiento o solución a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En efecto, NUEVA EPS SA fue constituida mediante Escritura Pública No. 753 del 22 de marzo de 2007, según su Certificado de Existencia y Representación Legal que obra en el proceso, como sociedad comercial anónima, y su funcionamiento fue autorizado mediante la Resolución No. 371 del 3 de abril de 2008. En cuanto a la participación Estatal, se encuentra que la Previsora Vida S.A., de carácter Estatal, y que integra el capital de NUEVA EPS, cuenta con menos del 50%.

De allí que, en conclusión, al caso no devienen aplicables las normas sobre caducidad, como fenómeno extintivo del derecho de acción, contenidas en el artículo 136, numeral 10, del Código Contencioso Administrativo, o en el artículo 164, numeral 2, literal j) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, toda vez que, como se indica, la convocada NUEVA EPS S.A. no tiene la naturaleza jurídica de una entidad pública en razón a la conformación de su capital, luego entonces la controversia que nos convoca se rige por normas de prescripción civil y comercial, en cuyo caso no se ha extinguido el derecho de acción y, por tanto, es dable que el Tribunal emita pronunciamiento de fondo."

Por último, el Tribunal desea reiterar la postura sostenida en su providencia sobre competencia, con la cual desestimó el argumento de la convocada en torno a que el hecho de que al momento de la admisión de la demanda se hubiera ordenado surtir notificación a la Procuraduría General de la Nación⁸¹ y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado⁸², hacía inferir la atribución de determinada naturaleza jurídica a **NUEVA EPS**, trámite que, en su concepto, solo se dispensa para controversias de entidades públicas y para efectos tales como el de la caducidad de la acción.

Sobre el particular baste nuevamente mencionar que la función de intervención del Ministerio Público, procede en su calidad de sujeto procesal especial por medio de la cual no solo interviene ante las jurisdicciones Contencioso Administrativa o Constitucional, sino también, ante las diferentes instancias de las jurisdicciones penal, penal militar, civil, ambiental y agraria, de familia, laboral y ante el Consejo Superior de la Judicatura, como se observa en el Decreto 262 de 2000 *-por el cual se dictó su régimen de competencias-*. Dicha facultad de intervención, como obra en la normativa que rige el objeto misional de esa entidad, se desarrolla y cobra trascendencia en defensa de las garantías fundamentales y del interés general. El objetivo de esa intervención en los procesos ajenos a lo contencioso administrativo, se sustenta pues,

⁸¹ Folios 221 a 224, Cuaderno Principal.

⁸² Folios 217 y 218, Cuaderno Principal.

cuando resulta necesario defender el orden jurídico en general, o el patrimonio público en alguna proporción y, en cualquier caso, o los derechos fundamentales, sociales, económicos, colectivos y culturales.

En lo que hace a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, bien vale la pena recordar, también, que ella no solo tiene por objeto asumir, exclusivamente, la defensa jurídica de las entidades y organismos de la Administración Pública, sino de igual forma, analizar la posibilidad de intervenir en aquellos procesos de cualquier tipo en los cuales estén involucrados los "intereses de la Nación" *-sin especificación del grado de participación estatal, mayoritario o minoritario-*, tal y como se desprende de sus normas rectoras, y en especial, de lo consignado por el Decreto-ley 4085 de 2011.

Por las razones antes expuestas el Tribunal declarará no probada la excepción de caducidad propuesta por la parte convocada y, en consecuencia, se ocupará enseguida del estudio y definición de las pretensiones de la demanda.

2. El Contrato origen de la Litis

Obra en el expediente copia del "CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS N° 134-10⁸³" suscrito el 7 de septiembre de 2010 entre la sociedad **NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A.**, como Contratante, y la sociedad **DELTA A SALUD LTDA.** (hoy S.A.S.), como Contratista, el cual, según su Cláusula Primera, tuvo por objeto:

"PRIMERA: OBJETO. - EL CONTRATISTA se obliga para con la NUEVA EPS a realizar la Auditoría de Seguimiento y Auditoría Específica en las IPS que les sean asignadas por NUEVA EPS. **PARÁGRAFO:** Las IPS en las cuales EL CONTRATISTA debe ejecutar el presente contrato, son las que se indican en el ANEXO N° 1, sin perjuicio que el mismo pueda ser modificado en cualquier momento durante la ejecución del contrato por parte de la NUEVA EPS previo aviso al CONTRATISTA con treinta (30) días de anticipación. (...) "⁸⁴.

Las obligaciones del Contratista quedaron relacionadas en la Cláusula Segunda, en 12 numerales, y en su Parágrafo Primero se precisó cuál sería la finalidad de tales prestaciones, así:

"(...) La labor adelantada por el contratista debe permitir a la NUEVA EPS:
i) Verificar la racionalidad técnica científica en la atención intrahospitalaria que se está brindando y la adecuada utilización de recursos en la misma.
ii) Evaluar el impacto de las actividades de mejoramiento que realicen las IPS asignadas ante los hallazgos que sobre la calidad en la prestación de

⁸³ Folios 2 a 51, Cuaderno de Pruebas N° 1, Prueba N° 1 de la demanda

⁸⁴ Folio 2, Cuaderno de Pruebas N° 1

los servicios sean identificados durante el proceso de la auditoría. iii) Verificar que lo facturado por las IPS auditadas corresponda efectivamente a los servicios que fueron prestados, así como que estos se garantizaron en cumplimiento de la normatividad legal vigente, los términos de los contratos suscritos entre NUEVA EPS y las IPS asignadas y las políticas internas de NUEVA EPS. iv) Identificar los servicios NO POS prestados por las IPS auditadas y evaluar que hayan cumplido con los requisitos de pertinencia y racionalidad, así como que se encuentran justificados en la historia clínica y la autorización de servicios emitida por NUEVA EPS y reflejados de manera individual en la facturación de las IPS auditadas, para efectos de que NUEVA EPS puede adelantar el proceso de recobro ante el Consorcio Fiduciario que administra los recursos del FOSYGA. v) Hacer seguimiento a los usuarios de Nueva EPS en la interrelación entre la parte hospitalaria y la parte ambulatoria”.

En el Parágrafo Segundo se estableció que el CONTRATISTA realizaría el proceso de auditoría de seguimiento y Auditoría Específica *"de conformidad a lo establecido en los Manuales de Auditoría Concurrente y Cuentas Médicas (ANEXOS N°2 y N° 3)"*.

A su turno, las obligaciones del Contratante se relacionaron en la cláusula Tercera, en los siguientes términos:

"(...) NUEVA EPS se obliga para con EL CONTRATISTA a: 3.1) presentar al CONTRATISTA a las IPS donde va adelantar la Auditoría como su representante al interior de la IPS en lo concerniente al objeto del presente contrato. 3.2) Informar al CONTRATISTA sobre los procesos internos de NUEVA EPS, que esté requiera conocer para realizar el proceso de auditoría con los criterios y políticas definidas por NUEVA EPS. 3.3) Retroalimentar a EL CONTRATISTA sobre el cumplimiento de los indicadores de gestión del proceso. 3.4) Cancelar el valor del presente contrato en la cuantía y en los términos descritos en el presente documento, previa calificación de cumplimiento por parte del Supervisor. 3.5) Supervisar la ejecución del contrato. 3.6) Suscribir las actas necesarias durante la ejecución del contrato."

El plazo inicial de ejecución del contrato se estableció en doce (12) meses, según la Cláusula Cuarta, contados a partir de la suscripción del mismo, esto es desde el 7 de septiembre de 2010 y, además, se advirtió:

"PARÁGRAFO PRIMERO: Los derechos generados por concepto de prestación de servicios prestados entre la terminación del Contrato No. 039-2009 y la fecha de perfeccionamiento del presente contrato, serán reconocidos en los términos y condiciones contenidos en este documento. PARÁGRAFO SEGUNDO: Dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la fecha de terminación del contrato, las partes procederán a liquidar el Contrato. PARÁGRAFO TERCERO: Por circunstancias o hechos que constituyan fuerza mayor o caso fortuito, las partes de común acuerdo podrán suspender la ejecución del Contrato mediante la suscripción de un acta en la que conste el tiempo en que estará suspendida»

En cuanto al valor del contrato, en la Cláusula Quinta se señaló:

"QUINTA: VALOR DEL CONTRATO.- El valor del presente Contrato es indeterminado pero determinable. Las partes acuerdan que el valor total del contrato será el que al final de la ejecución del mismo resulte de sumar el valor fijo y variable según el ANEXO N° 6. PARÁGRAFO: Para todos los efectos de Ley, las partes establecen que este contrato tiene un valor anual estimado de CUATRO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS MIL TRESCIENTOS VEINTE PESOS (\$4.241.200.320.00) MONEDA LEGAL".

En la Cláusula Sexta se reguló el tema de los honorarios y forma de pago al Contratista, así:

"(...) HONORARIOS Y FORMA DE PAGO.- La NUEVA EPS pagará al CONTRATISTA mensualmente dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de la factura de cobro, los honorarios que por la prestación de sus servicios resulten al aplicar la suma del valor fijo y variable según el ANEXO N° 6. PARÁGRAFO PRIMERO: El CONTRATISTA deberá presentar facturas originales y por cada factura deberá radicar el original y una (1) copia de los servicios prestados que sean objeto del presente contrato. La facturación debe presentarse detallada por IPS en cuanto al monto fijo y un anexo donde se evidencia el cumplimiento del valor variable. La factura debe presentarse por el cien por ciento (100%) y la NUEVA EPS realizará la calificación del numeral 2 y 3, y del numeral 1 cuando lleguen las cuentas médicas del período evaluado, si hay necesidad de glosar el porcentaje (%) en cualquiera de sus medidas, se realizará el descuento en la próxima facturación que presente EL CONTRATISTA. Las facturas deberán cumplir con todos los requisitos establecidos por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y por el Código de Comercio y estar acompañada de los documentos soportes obligatorios que se indican a continuación: Las facturas deberán ser radicadas por El Contratista en la Gerencia Técnica y de Evaluación del Servicio en los diez (10) días siguientes al mes que se haya prestado el servicio. NUEVA EPS pagará el valor de la factura dentro de los treinta (30) días siguientes a su radicación, previa verificación sobre el contenido de la misma y los soportes obligatorios mediante transferencia bancaria en la cuenta que indique el contratista. PARÁGRAFO SEGUNDO: Las partes realizarán una revisión técnica a los seis (6) meses de ejecución del contrato, para evaluar el comportamiento del costo variable del mismo y los montos fijos".

En los párrafos siguientes se relacionaron los descuentos a la facturación que podría imponer la **NUEVA EPS** en caso de incumplimientos parciales o incumplimientos extemporáneos a los indicadores de gestión por Metas y Acuerdo de Nivel de Servicios incorporados en los ANEXOS N° 4 y N° 5.

La cláusula séptima relaciona las pólizas exigidas al contratista para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones y en la cláusula octava se previó que la supervisión del cumplimiento de tales obligaciones se realizaría a través del Gerente Técnico y de Evaluación del Servicio de la NUEVA EPS.

Se prohibió la cesión del contrato por parte del Contratista, salvo autorización de la **NUEVA EPS**, Cláusula Novena, y se pactó una cláusula penal pecuniaria a cargo del Contratista en caso de presentarse los incumplimientos allí descritos, Cláusula

Décima. Se advirtió que las modificaciones al contrato debían ser conjuntas y constar por escrito, Cláusula Décima Primera, y que toda la información precontractual y contractual debía mantenerse en reserva, Cláusula Décima Segunda. El objeto del contrato se debía cumplir por el Contratista "*en forma independiente, autónoma y bajo su riesgo*", sin que existiera relación laboral con la **NUEVA EPS**, Cláusula Décima Tercera. Se acordó que la invalidez, nulidad o inexigibilidad de una cláusula determinada no afectaba las demás, Cláusula Décima Cuarta. El pacto arbitral, que sirvió de sustento para solicitar la convocatoria de este Tribunal, está contenido en la Cláusula Décima Quinta y las causales de terminación del contrato se consignaron en la Cláusula Décima Sexta.

Finalmente pactaron las partes que este contrato se sometería a la legislación colombiana; que su perfeccionamiento y legalización requería, además de las firmas de las partes, la aprobación de las garantías; y, se relacionaron como anexos del contrato los siguientes documentos: "19.1) *Anexo N° 1 Listado de IPS*" (9 en Bogotá, D.C., 2 en Girardot, 1 en Soacha, 2 en Palmira, 1 en Buga y 2 en Tuluá, para un total de 17). 19.2) *Anexo N° 2 - Manual de Auditoria Concurrente*. 19.3) *Anexo N° 3 - Manual de Cuentas Médicas*. 19.4) *Anexo N° 4 Anexo Técnico*. 19.5) *Anexo N° 5 - Informes, reportes, entregables y acuerdos de servicios*. 19.6) *Anexo N° 6 Valor fijo y Valor Variable*".

Consta igualmente en el expediente que el Contrato se modificó, de común acuerdo por las partes, mediante los siguientes documentos:

- i) "*Prórroga No. 1 (...)*" de 18 de agosto de 2011, se amplió la vigencia del contrato hasta el 31 de octubre de 2011⁸⁵;
- ii) "*Modificación del Anexo número 6 (inclusión revisión administrativa de cuentas médicas en IPS)*" del contrato de prestación de servicios suscrito entre Nueva Empresa Promotora de Salud S.A. - Nueva EPS S.A. y la sociedad Delta A Salud Limitada", de 19 de agosto de 2011, mediante la cual se incluyeron dos (2) IPS localizadas en Bogotá, D.C., y se estableció la forma de pago de las auditorías que respecto de éstas se practicarían⁸⁶.
- iii) "*Prórroga No. 2 (...)*" de 31 de octubre de 2011, prórroga hasta el 31 de diciembre de 2011⁸⁷;

⁸⁵ Folio 53, Cuaderno de Pruebas N° 1

⁸⁶ Folio 55, Cuaderno de Pruebas N° 1

⁸⁷ Folios 57 y 58, Cuaderno de Pruebas N° 1

- iv) "Adición No. 1, prórroga No. 3 y Otrosí al Contrato No. 134-2010 (...)" de 31 de diciembre de 2011, prórroga hasta el 29 de febrero de 2012 y adición del valor del contrato por \$999.456.612⁸⁸;
- v) "Prórroga No. 4 (...)" de 29 de febrero de 2012, prórroga hasta el 31 de mayo de 2012⁸⁹; y,
- vi) "Prórroga No. 5 (...)" de 31 de mayo de 2012, prórroga hasta el 31 de agosto de 2012 y adición del valor del contrato por \$1.206.117.722⁹⁰.

En lo que se refiere al Anexo No. 1, en el cual se relacionaron las IPS donde se prestarían los servicios de auditoria por parte de **DELTA**, consta igualmente en el expediente que también se prestaron servicios por ésta en otras clínicas de Bogotá, Cartagena, Medellín, Cali y Manizales; así, por ejemplo, en el dictamen pericial decretado de oficio, en respuesta a la pregunta 4, se explica cómo en julio de 2011 se adicionaron otras 11 IPS y en la página 48 del dictamen trae un cuadro donde se relacionan las 28 IPS asignadas en total.

Al contenido del contrato y sus anexos, así como a sus modificaciones se referirá el Tribunal a espacio al analizar y resolver las distintas controversias sometidas a su conocimiento y decisión por las partes.

3. De la tacha de testigos

1.- Consta en el expediente que al final de la declaración del doctor Guillermo Enrique Sánchez Torres decretada por solicitud de la sociedad convocante y recibida en audiencia del 29 de abril de 2019 (Acta N° 8) el señor apoderado de la sociedad convocada formuló tacha de sospecha, en razón de su condición de socio de la parte convocante, según documentos que obran en el proceso, en los siguientes términos:

"(...)

DR. SÁCHICA: Entonces en este momento y quisiera concluir este interrogatorio no sin antes solicitarle al Tribunal que al momento de dictar el laudo considere de valorar algunos motivos de sospecha que hacen creer la falta de parcialidad el declarante en relación con los hechos puestos de conocimiento a este Tribunal, habida consideración de la calidad revelada a iniciativa mía por el testigo acerca de sus conducción de accionista de la empresa, que hace prever y considerar que a final de cuentas esta persona resultará siendo beneficiaria del laudo que se emita dentro de este proceso.

⁸⁸ Folio 60, Cuaderno de Pruebas N° 1

⁸⁹ Folio 62, Cuaderno de Pruebas N° 1

⁹⁰ Folio 75, Cuaderno de Pruebas N° 1

Obviamente simple y llanamente lo que solicitó al Tribunal es valorar esa condición en función de su declaración y sin perjuicio de la totalidad de los elementos de prueba que se arrimen a este proceso, cierto, esa condición ha sido puesta de presente por el testigo y está respaldada por los documentos que fueron exhibidos ante este Tribunal en donde se da cuenta de esa condición, (...)."

Para resolver el Tribunal tiene en cuenta que el artículo 211 del Código General del Proceso establece que *"Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.// La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso"*.

Según la manifestación del señor apoderado de la Sociedad Convocada, la tacha de sospecha recae en el hecho de que el testigo al ser accionista de **DELTA** *"hace prever y considerar que a final de cuentas esta persona resultará siendo beneficiaria del laudo que se emita dentro de este proceso."*

Al respecto el Tribunal advierte que, al ser interrogado sobre su ocupación actual, este testigo manifestó:

"SR. SÁNCHEZ: Actualmente soy el vicepresidente de operaciones de Delta Salud, desde hace ya 2 años".

Y sobre su vinculación con **DELTA**, afirmó:

"SR. SÁNCHEZ: Con Delta Salud inicié mi proceso como consultor externo, más o menos desde el año 1994, o sea llevo cerca de 24 años trabajando con la empresa inicialmente como consultor externo, luego, como profesional auditor y posteriormente he ocupado cargos de vicepresidente técnico, gerente de proyectos especiales, vicepresidente de gestión del conocimiento y actualmente como vicepresidente de operaciones".

Y preguntado sobre el conocimiento del contrato origen de las controversias y su relación con el mismo, contestó:

"SR. SÁNCHEZ: Empezaría por decir que, en el año 2010, en el momento en el cual versa este contrato, venía de ser gerente de proyectos especiales y empecé justamente como gerente encargado de este proyecto para la vigencia del 2010. Conocía del proyecto con Nueva EPS desde el año 2007, en el momento en que la empresa hizo un contacto, en su momento con la organización que estaba recién formándose hacia el año 2007, 2008, antes de que iniciara el 01 de agosto del 2008 y construimos con ellos en una labor, digamos de cooperación profesional, construimos con ellos parte de lo que fue su

modelo de auditoria en esta autoridad recién naciente en el 2008 y que participé como parte de los consultores externos de esta organización. Luego ya en el 2008, a partir del primer proyecto tuve la oportunidad de participar como gerente general del proyecto que empezaba en el 2008, en el primer contrato del 2008-2009, luego del 2009-2010 esa gerencia digamos se entregó a otra persona durante 1 año y al año siguiente, al año 2010 inicié con este nuevo contrato como gerente encargado del contrato, que es objeto de reclamación de la empresa para Nueva EPS”.

Más adelante, el señor apoderado de la parte convocada le preguntó sobre cuál era su relación con las partes en este proceso y contestó:

"SR. SÁNCHEZ: Además de ser gerente del proyecto, yo desde, no recuerdo la fecha exacta pero desde hace más o menos 15 años tal vez, algo así, la fecha no la tengo tan clara, pero es un tiempo así de ese tipo, producto de la relación de tiempo con la empresa, obtuve una participación pues minoritaria en la empresa, yo soy uno de los accionistas, 1 de los 6 o 5 accionistas que tiene la empresa, tengo creo que un 4.4% o algo así, de la participación accionaria, haca ya más o menos unos 15 años como producto de la vinculación y el tiempo de relacionamiento con la empresa, que obtuve desde esa época y desde esa época he conservado, con la empresa”.

También se le preguntó por la parte convocada por qué razón conocía el texto de la demanda arbitral y contestó:

"SR. SÁNCHEZ: Porque como gerente del proyecto he tenido necesidad de apropiar una serie de información para conocimiento de todo lo que es el acervo documental, el acervo de pruebas de ejecución del proyecto, los documentos relacionados con toda la información que es el esbozado de cálculos, presupuestos, ejecución, comunicaciones y por obvias razones pues fueron comunicaciones bajo mi responsabilidad, todo, información de back up, si no estoy mal deben de tener la autorización para que puedan ser conocidas por quien la empresa ha definido deban de ser conocidas y por esa razón sí, he tenido el conocimiento de una buena cantidad, de toda la información que debe de ser autorizada para que sea mirada por las personas que han soportado, sustentado, la demanda y por esa razón es mi responsabilidad como todavía persona dentro de la empresa de garantizar que se manejen todos los aspectos de confidencialidad de esta información.

Obviamente dentro de las reuniones periódicas de junta directiva pues hay momentos en que efectivamente hay actualizaciones año a años de lo que había sido la circunstancia de evolución y en este una vez se hace la demanda pues de cómo va el proceso, tengo información que es reportada en diferentes momentos de cómo va el ejercicio y en especial la apropiación de información porque obviamente es mi responsabilidad como aunque no es hoy, el proyecto terminó pero fui el responsable y sigo siendo parte de la empresa entonces está bajo mi custodia y control toda la información que se deba generar y que se deba custodiar del proceso”.

Con fundamento en las propias manifestaciones del declarante en cuestión, que tienen respaldo en documentos que obran en el expediente, el Tribunal considera que, además de la vinculación de carácter contractual y laboral que ha sostenido el doctor Guillermo Enrique Sánchez Torres con la sociedad convocante desde hace 24 años, inicialmente como consultor externo, luego, como profesional auditor y

posteriormente en los cargos de vicepresidente técnico, gerente de proyectos especiales, vicepresidente de gestión del conocimiento y actualmente como vicepresidente de operaciones, así como la relación que ha tenido con el contrato 134-10, su condición de socio de **DELTA**, así sea con una participación aparentemente no muy representativa, permite inferir que el testigo tiene interés directo en el resultado de este proceso arbitral, razón por la cual, el Tribunal, sin necesidad de hacer análisis adicionales, tiene por probada la tacha formulada y así lo declarará más adelante.

2.- Consta igualmente en el expediente que al final de la declaración del doctor Alberto Hernán Guerrero Jácome, decretada por solicitud de ambas partes y recibida en audiencia del 9 de mayo de 2019 (Acta N° 9), el señor apoderado de la sociedad convocante formuló tacha de sospecha, en los siguientes términos:

"DR. LOMBANA: (...) voy a proceder a hacer una tacha de sospecha no voy a efectuar más preguntas la razón es uno evidentemente dos el vínculo de dependencia que tiene el declarante con la parte convocada siendo ampliado encontrándose varias veces en el rol de subordinación me esperé hasta ese momento digamos que la ortodoxia propiamente indicaría hacerlo al inicio.

Sin embargo, evidentemente quedé sorprendido de las respuestas que se dieron, en especial por de dónde obtuvo conocimiento de todo lo que le ha dicho al Tribunal el día de acá, en el que prácticamente en todas sus respuestas manifiesta que había fechas que no le costaban porque donde estaba todo fue el producto de revisión de documentos a solicitud en uno de los casos para allegarlos a este proceso.

Por un cuadro que elaboró el día de ayer, para efectos de dar respuestas y explicaciones al Tribunal me hacen evidentemente pedirle al Tribunal que se revise con el mayor rigor posible ese es el efecto de una tacha yo creo que ustedes lo saben más que cualquiera al momento de su declaración esas contradicciones puntualmente en situaciones de tiempo, modo y lugar de dónde habría tenido el conocimiento de su dicho, es eso básicamente".

Sobre la base de lo dispuesto igualmente en el artículo 211 del CGP, antes citado, procede el Tribunal a resolver esta tacha, para lo cual tiene en cuenta, que efectivamente el testigo al ser preguntado sobre sus generales de ley, informó que actualmente se desempeñaba como "gerente de prestación de servicios de la Nueva EPS", cargo que ejercía desde el año 2012.

Así mismo se le solicitó por el apoderado de la Convocante precisar desde qué momento tuvo conocimiento del Contrato 134-10 y respondió:

"SR. GUERRERO: Desde el momento en el que ingresé a la compañía pues fuera del proceso de inducción natural que tiene cualquier cargo desde esa fecha de marzo de 2012, comencé a ser responsable de este proceso".

Más adelante, preguntado sobre su conocimiento de la demanda arbitral y su contestación, el testigo manifestó:

"DR. LOMBANA: Frente a muchas de las respuestas que usted dio inicialmente manifestaba, que no le constaba en algunos casos porque era anterior al momento en que ustedes habían llegado a el cargo que regentaba la expresión que usó el doctor José Roberto, pero que para dar todas sus respuestas revisó información, yo quiero saber exactamente qué revisó de información para dar todas las respuestas que le ha dado a las preguntas que se le hicieron y la pregunta con base en eso es obvia hasta la fecha muchas de las cosas que usted ha dicho acá no hay una sola carta, no hay un solo correo.

"No hay una sola comunicación de su parte que era el gerente y tenía a su cargo todo esto dando todas estas explicaciones, quiero saber con base en qué información o qué fue lo que revisó para contarle al Tribunal todo lo que le ha contado?

SR. GUERRERO: De todos los documentos que fueron del momento del contrato a raíz de la demanda o no sé el término como le llame también esto la secretaria general y jurídica me requirió que revisara todo lo actuado en este contrato.

DR. LOMBANA: Usted conoce el expediente de este proceso?

SR. GUERRERO: La demanda sí.

DR. LOMBANA: La contestación que hizo la Nueva EPS a la demanda?

SR. GUERRERO: Conozco los documentos del proceso de lo que nosotros aportamos los documentos de parte de la demanda de la que se da".

Al respecto el Tribunal considera que si bien, en principio, la existencia de un vínculo contractual o laboral del testigo con la sociedad Convocada, no sería suficiente para que prospere la tacha, sus responsabilidades en relación con la ejecución el Contrato 134-10, permite inferir igualmente que el testigo tiene interés directo en el resultado de este proceso arbitral, razón por la cual, el Tribunal, sin hacer análisis adicionales, tiene por probada la tacha formulada y así lo declarará más adelante.

3.- Ahora bien, el efecto de la decisión que el Tribunal ha adoptado frente a las tachas propuestas por las partes respecto de los testigos antes mencionados no implica que la declaración no se hubiera podido recibir en su momento, como tampoco que el Tribunal no pueda apreciarlas en el Laudo, lo que se impone frente a estas dos declaraciones es que al hacer la valoración probatoria, se examinen con mayor rigor las manifestaciones de estos testigos y se aprecien en conjunto con los demás medios probatorios obrantes en el expediente.

4. El litigio

Resulta diáfano manifestar que la disputa jurídica que da lugar a este arbitraje atañe a la verificación de la realización de actos en el marco directo de una relación contractual, lo que trae aparejada la constatación de los términos en que el contrato estaba llamado a ser cumplido y, como consecuencia de tal fuerza obligatoria, la manera

como las partes estaban compelidas a atender las obligaciones que de él dimanaban, so pena de incumplimiento, falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa.

Es por ello que se plantea la sanción a título de responsabilidad, por la indebida ejecución de determinados acápites contractuales de dicho negocio jurídico. En esa línea, se alega por la demandante la omisión de deberes contractuales y la inobservancia de una conducta efectiva de acción (típica abstención). Por ello, las peticiones se enrutan a la declaratoria de la falta de ejecución de un estándar o patrón jurídico negocial que atañe a la responsabilidad civil, por lo que se acude a este arbitraje en procura de la satisfacción contractual pendiente de ser cumplida.

Ciertamente, las controversias entre las partes derivan de la celebración y ejecución del "CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS No. 134-10, que tuvo el siguiente objeto:

"PRIMERA: OBJETO. - EL CONTRATISTA se obliga para con la NUEVA EPS a realizar la Auditoría de Seguimiento y Auditoría Específica en las IPS que les sean asignadas por NUEVA EPS. PARÁGRAFO: Las IPS en las cuales EL CONTRATISTA debe ejecutar el presente contrato, son las que se indican en el ANEXO N° 1, sin perjuicio que el mismo pueda ser modificado en cualquier momento durante la ejecución del contrato por parte de la NUEVA EPS previo aviso al CONTRATISTA con treinta (30) días de anticipación. (...)"⁹¹.

Ahora bien, según la demanda las pretensiones de **DELTA** están encaminadas, en esencia, a que se profieran las declaraciones y condenas ligadas a que se declare que **NUEVA EPS**, en cuanto al aludido Contrato de Prestación de Servicios No. 134-10, incumplió obligaciones contractuales, especialmente las estipuladas en las Cláusulas Tercera y Sexta; también, porque no pagó el valor del Contrato correspondiente a la prestación de servicios adicionales de auditoría; asimismo, porque no realizó la revisión técnica de los costos del Contrato; como a su vez, por el incumplimiento en el pago o por el pago tardío de facturas; y por glosas formuladas y aplicadas por **NUEVA EPS** sin aparente justificación real.

Conforme a lo anterior, es evidente que la Convocante solicita la declaratoria de incumplimiento por parte de **NUEVA EPS** al considerar que evadió las precitadas obligaciones contractuales, lo que hace lógico colegir que sea éste, y no otro, el litigio que dio origen a la presente controversia.

Por ello, debe descartarse la alusión a que lo pedido en este trámite incumba a institutos jurídicos distintos, ya que lo que fundamentalmente aduce la sociedad

⁹¹ Folio 2, Cuaderno de Pruebas N° 1.

convocante, es que la demandada contravino obligaciones contractuales como la señalada de omitir realizar la revisión técnica a los seis (6) meses de ejecución con miras a evaluar el comportamiento del costo variable y de los montos fijos del contrato y las de pagar el valor de la remuneración por los servicios en los términos estipulados en la Cláusula Tercera del contrato.

Dicho de otro modo, y para efectos de este proceso, lo que se discute es el no cumplimiento de lo estipulado, lo que conllevaría en los términos de la demanda, directa y necesariamente, a los efectos de la responsabilidad contractual, entre ellos al resarcimiento de los perjuicios derivados de dicho incumplimiento, que es lo que precisamente solicita **DELTA** ante el presente Tribunal Arbitral.

En consecuencia, no puede dársele el pretendido alcance de que la reclamación esté ligada al ejercicio de la teoría de la imprevisión, bajo la hipótesis de que se trata de circunstancias imprevistas que hubieran surgido con posterioridad a la celebración del negocio jurídico y que lo afectaron negativamente. Por el contrario, las pretensiones del escrito generador de la controversia, en compendio, no apuntan a que se declare la alteración de las bases que condujeron a las partes a celebrar el contrato en que se funda la presente acción, ni anteponen la ocurrencia de circunstancias extraordinarias posteriores, que hubieren gravado la carga prestacional de la demandante. Y por ello, no se ha pedido al Tribunal hacer u ordenar la revisión del contrato, al tenor de lo consagrado en la legislación pertinente aplicable.

Mirados en conjunto los aspectos atrás reseñados del libelo introductorio, es del caso concluir que mediante él, no se intenta una prototípica acción de revisión contractual, consagrada en el artículo 868 del Código de Comercio, que es del siguiente tenor:

"Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea."

Por el contrario, en este trámite, **DELTA** echa de menos el cumplimiento de obligaciones contractuales, entre ellas la ausencia de la revisión del contrato, como una obligación estipulada expresamente. Lo anterior, ya que en el Contrato 134-10, se establecía una obligación para las partes de revisar los valores del contrato, y

teniendo en cuenta que según la convocante, **NUEVA EPS** jamás cumplió con dicha revisión a pesar de las solicitudes de **DELTA**.

La demanda aduce igualmente que la convocada ha dejado de reconocer y pagar servicios adicionales prestados en el marco del Contrato 134-10, los cuales correspondían a auditorías que se realizaron en exceso del número estimado de auditorías por efectuar, así como el pago de los valores por glosas aplicadas injustificadamente y el pago tardío de las facturas que radicó en el curso de la ejecución del contrato.

Así las cosas, ni de las pretensiones incoadas o los hechos invocados en su respaldo, se infiere la aludida acción de revisión derivada de la teoría de la imprevisión que contiene la norma atrás reproducida, porque no estuvieron encaminadas a obtener la reconsideración de las condiciones del contrato.

Materias distintas son, en su orden, la satisfacción de los elementos estructurales de la aludida acción de revisión contractual, particularmente la existencia entre las partes de un vínculo negocial de tracto sucesivo, y la ocurrencia, con posterioridad a su celebración, de circunstancias especiales imprevistas y que no podían anticiparse que hubieren alterado significativamente la prestación, respecto de la de alegar el incumplimiento contractual por la dejación de una obligación de dicho tenor.

En este caso se advierte, además, que la referida solicitud de declarar el incumplimiento de las obligaciones del contrato, entre ellas la de revisar los componentes fijos y variables del precio del contrato, junto con los otros factores mencionados, son elementos definitorios de la naturaleza de la acción de responsabilidad contractual intentada, sin que sea válido distorsionar su alcance, ya que como lo tiene por claro la Corte Suprema de Justicia, ello terminaría conduciendo a la "*desfiguración*" de la demanda (CSJ, SC 6504 del 27 de mayo de 2015).

Dicho está, y ahora se refrenda, que los elementos que sirven a la identificación del concreto litigio que se proponga en una determinada demanda son las pretensiones, pero no solo ellas en sí mismas consideradas, sino igualmente que esas específicas peticiones elevadas estén en conjunción con la causa aducida en su respaldo, constituida por los hechos invocados y por los efectos jurídicos que en relación con ellos haya esgrimido el propio actor, todo lo cual se acredita en el presente caso, sin que sea dable hacer confuso lo que es evidente.

Por todo lo dicho, tampoco se está en el terreno de una supuesta reclamación por desequilibrio contractual figura que como lo ha dicho la jurisprudencia corresponde a

mantener la ecuación contractual que surge una vez las partes celebran el negocio jurídico, de conformidad con la cual las prestaciones a cargo de cada una de las partes se miran como equivalentes a las de la otra. Como se ha anotado por el Consejo de Estado:

"(...) ante situaciones extraordinarias, posteriores a la celebración del contrato, imprevistas e imprevisibles, ajenas a las partes o imputables a una actuación legal de la contratante, puedan alterar la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, de tal manera que sin imposibilitar su ejecución, la hagan mucho más onerosa para la parte afectada, en lo que se conoce como el rompimiento del equilibrio económico del contrato, caso en el cual, en virtud del principio rebus sic stantibus, surge el deber de restablecerlo, bien sea mediante una indemnización integral de perjuicios, en el caso del hecho del príncipe, en el cual la afectación de la ecuación contractual proviene de una medida de carácter general proferida por la misma persona de derecho público contratante, o llevando al contratista a un punto de no pérdida." (Radicación número: 25000-23-26-000-1998-03066-01(20912)).

Observa el Tribunal que dentro de las pretensiones de la demanda no se incluyen elementos que pidan el reconocimiento de la ocurrencia de tal fenómeno, sino, por el contrario, que se declare la configuración de eventos de incumplimiento contractual.

Igualmente, también de acuerdo con el acervo probatorio recaudado y reseñado, se han acreditado en el plenario exclusivamente aspectos concernientes al debate sobre el cumplimiento o incumplimiento de prestaciones contractuales. Como tantas veces se ha citado, la discrepancia versa sobre la procedencia de Pretensiones Declarativas y de Condena encaminadas a obtener, tanto el pago del precio dejado de reconocer por la totalidad de los servicios que dice haber prestado la convocante, así como la reparación de los efectos por el incumplimiento en el pago o por el pago tardío de **NUEVA EPS**.

Ahora bien, para una vez más aclarar que no se está en presencia de instituto distinto al de la responsabilidad contractual, es menester reiterar que el objeto principalísimo de la controversia concierne al mayor número de auditorías realizadas por **DELTA**, a la aplicación de glosas injustificadas y sin cumplir con el procedimiento contractual preestablecido y al pago tardío de las facturas, materias todas sobre las cuales pretende edificarse el aludido incumplimiento contractual, que debería ser objeto de resarcimiento por parte de **NUEVA EPS**.

En esta línea, el Tribunal decidirá, con fundamento en las normas que gobiernan la responsabilidad contractual, si se encuentra demostrado el quebranto de obligaciones de esa índole en el marco de la relación entre las partes con origen en el Contrato 134-10.

En dicho ejercicio tendrá en cuenta que el instituto de la responsabilidad contractual cumple no solo una función de restitución, mediante la ejecución forzosa de la prestación incumplida, como sería el caso de la remuneración no pagada de los servicios o por las glosas injustificadas, sino también la de resarcimiento de los perjuicios causados por el incumplimiento, de manera tal que el acreedor tendría, de un lado, derecho al pago no satisfecho y, de otro lado, derecho a la reparación de los daños a causa del incumplimiento.

Para concluir, el Tribunal reitera que analizado debidamente el contexto del caso, no cabe la menor duda que lo que en este litigio se discute es lo concerniente a una típica controversia referida a eventual "*incumplimiento contractual*" pues, evidentemente, en la presente discusión se halla inmersa la confrontación sobre la debida ejecución o no, de prestaciones de esa índole.

5. Definición de las pretensiones

5.1. Primera pretensión de la demanda [Declarativa] - Excepciones contra la primera pretensión.

Conforme a la primera pretensión de la demanda, la parte convocante solicita que se declare que **NUEVA EPS** incumplió sus obligaciones contractuales estipuladas en las cláusulas tercera y sexta del Contrato de Prestación de Servicios No. 134-10, porque no pagó el valor del contrato en los términos descritos en el mismo y porque no realizó la revisión técnica de los costos previstos en este.

De antemano y para delimitar el alcance de esta pretensión, el Tribunal empieza por definir el objeto contractual no solo como la motivación o finalidad que lleva a los sujetos a atarse jurídicamente, sino igualmente aquello a lo que se obligan. En los términos del artículo 864 de la legislación mercantil "*El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial*".

En virtud de esto, en la mayoría de contratos, de naturaleza bilateral –como es el que nos concita-, ambas partes se convierten en deudoras recíprocas.

Útil es recordar al efecto la preceptiva del Código Civil, en particular el artículo 1602, que establece que "*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*".

Y el artículo 1603 según el cual *"Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella"*, postulado también reflejado en el artículo 871 del régimen mercantil que dispone que *"Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural"*

Si la cuestión se examina abstractamente, se puede arribar a la fácil conclusión que si uno de los sujetos contratantes rehúye su compromiso, o lo ejecuta imperfectamente, habrá vulnerado el precitado objeto contractual. La satisfacción del contratante queda entonces supeditada a la efectiva ejecución de la prestación adquirida y, por el contrario, su desatención conduce a la postración contractual.

Tal incumplimiento se identifica con las modalidades que este puede asumir a partir de la definición que contempla la legislación, así: no haber cumplido, haberse cumplido imperfectamente o haberse retardado el cumplimiento.

Concurren en esas hipótesis varias situaciones de regla contractual, la falta de cumplimiento o el cumplimiento tardío. Por consiguiente, bien distinguibles son estos dos claros fenómenos independientes: la pasividad del deudor o el retardo en el cumplimiento.

Sin embargo, la cuestión queda más completa si se deduce que el incumplimiento contractual reviste las modalidades que vienen: falta de cumplimiento de la obligación; mora en el cumplimiento en el plazo estipulado; cumplimiento defectuoso de la obligación porque la ejecución no se ajusta a los parámetros y condiciones exigidas por el contrato.

Y así, se podrían hilar muchas otras situaciones, todas ellas ligadas evidentemente a inejecuciones, ejecuciones parciales, ejecuciones tardías, etc.

El incumplimiento se tipifica o materializa, pues, con la constatación de que el deudor no desplegó la conducta comprometida, porque su ejecución no se dio, o porque no obró diligentemente y su actuación resulta extemporánea. En todo caso, volviendo a los términos generales, el incumplimiento bien puede reputarse como un hecho objetivo que pone de presente una conducta desviada de lo pactado, de lo que surgen remedios o compensaciones para el contratista defraudado.

No obstante, está también atada a un elemento complementario, como lo es la decisión inequívoca de no cumplir plenamente con el objeto contractual –hecho

subjetivo del deudor- y el abandono de la prestación objetiva y absoluta que frustra el fin del interés del otro sujeto contractual –hecho subjetivo del acreedor.

Es lógico señalar que cada parte espera de su contratante el cumplimiento oportuno, completo, coherente y de buena fe de las prestaciones que le corresponden en el contrato. Desde esta perspectiva, la materialidad del incumplimiento se afina en la consecuencial imputación de tal omisión a una de las partes contractuales.

Así las cosas, el incumplimiento en sentido material comprende la falta de realización, realización irregular, defectuosa o incompleta respecto de la previsión contractual. Por su parte, la imputación del incumplimiento corresponde a la clara atribución de las consecuencias que deberá soportar aquel sujeto a quien correspondía realizar la previsión contractual omitida.

En consecuencia, siendo principio general el que los contratos se celebran para ser cumplidos, las partes deben ejecutar las obligaciones que de él dimanen en forma íntegra, efectiva y oportuna, por manera que el incumplimiento de las mismas, esto es, su falta de ejecución o su ejecución tardía o defectuosa, sea sancionada por el orden jurídico⁹².

A la luz de las anteriores consideraciones, pasa el Tribunal a examinar la primera pretensión de la demanda y las excepciones que la convocada ha opuesto para enervarla.

5.1.1. El litigio en este aspecto de la controversia.

Aduce la sociedad convocante que la sociedad demandada contravino las obligaciones contempladas en las cláusula tercera⁹³ y sexta⁹⁴ del contrato en tanto **NUEVA EPS**

⁹² Precisamente la Corte Suprema de Justicia, en tesis que ha sido reiterada sobre la materia que se viene comentando ha dicho: “Justamente, el contrato, *rectius*, acuerdo dispositivo de dos o más partes o sujetos contractuales para constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas (arts. 864 Código de Comercio y 1495 Código Civil), obliga a su cumplimiento de buena fe, en todo cuanto le pertenece por definición (*essentialia negotia*), ley, uso, costumbre o equidad (*naturalia negotia*) o expresamente pactado (*accidentalia negotia*), en la totalidad de la prestación, forma y oportunidad debida, constituye un precepto contractual o norma obligatoria (*pacta sunt servanda, lex privata, lex contractus*, artículos 1501, 1602, 1603 y 1623, Código Civil; 871 Código de Comercio), y su observancia vincula a los contratantes.” (Sala de Casación Civil, en Sentencia de 31 de mayo de 2010, Exp. 11001-3103-032-2001-00847-01).

⁹³ “**TERCERA: OBLIGACIONES DE NUEVA EPS.**– NUEVA EPS se obliga para con EL CONTRATISTA a: 3.1) presentar al CONTRATISTA a las IPS donde va adelantar la Auditoría como su representante al interior de la IPS en lo concerniente al objeto del presente contrato. 3.2) Informar al CONTRATISTA sobre los procesos internos de NUEVA EPS, que esté requiera conocer para realizar el proceso de auditoría con los criterios y políticas definidas por NUEVA EPS. 3.3) Retroalimentar a EL CONTRATISTA sobre el cumplimiento de los indicadores de gestión del proceso. 3.4) Cancelar el valor del presente contrato en la cuantía y en los términos descritos en el presente documento, previa calificación de cumplimiento por parte del Supervisor. 3.5) Supervisar la ejecución del contrato. 3.6) Suscribir las actas necesarias durante la ejecución del contrato.”

⁹⁴ “**SEXTA: HONORARIOS Y FORMA DE PAGO.**– La NUEVA EPS pagará al CONTRATISTA mensualmente dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de la factura de cobro, los honorarios que por la prestación de sus servicios resulten al aplicar la suma del valor fijo y variable según el ANEXO N° 6. PARÁGRAFO PRIMERO: El CONTRATISTA deberá presentar facturas originales y por cada factura deberá radicar el original y una (1) copia de los servicios

(i) incumplió en cancelar el valor del contrato en la cuantía y los términos descritos en el mismo⁹⁵, y (ii) omitió realizar la revisión técnica a los seis (6) meses de ejecución del contrato, para evaluar el comportamiento del costo variable y de los montos fijos del mismo⁹⁶.

Respecto de lo primero, señala la demandante que **NUEVA EPS** se negó a reconocer y pagar los servicios adicionales prestados por la convocante en el marco del contrato 134-10, los cuales corresponden a auditorías que se realizaron en exceso del número estimado de auditorías a efectuar. De igual forma, alega la demandante que la convocada se rehusó a pagar en tiempo las distintas facturas que fueron radicadas y, adicionalmente, que **NUEVA EPS** aplicó descuentos a algunas facturas por glosas que hizo sin justificación real.

Frente a lo segundo, expresa **DELTA** que la sociedad demandada no estuvo dispuesta a hacer la revisión del valor total del contrato, pese a diversas solicitudes realizadas, en razón a que el número de auditorías estimadas en el contrato fue inferior al que aquella efectivamente realizó.

La convocada rechaza tales afirmaciones alegando que las auditorías que la demandante denomina como “*adicionales*” no son tales, pues ésta se comprometió a cumplir con las prestaciones propias del contrato en las IPS designadas bajo el anexo 1 del contrato y sus modificaciones. Además, señala que el sistema de pago fue establecido por valor unitario por cada IPS y no por número de auditorías.

De igual forma, reitera que no es cierto que **NUEVA EPS** no hubiere ajustado el presupuesto del contrato, pues la evidencia acredita que frente a los montos fijos **DELTA** concurrió a celebrar diversas prórrogas al contrato, acompañados de incrementos en el presupuesto del contrato, sin manifestación, protesta o reserva de la convocante.

prestados que sean objeto del presente contrato. La facturación debe presentarse detallada por IPS en cuanto al monto fijo y un anexo donde se evidencia el cumplimiento del valor variable. La factura debe presentarse por el cien por ciento (100%) y la NUEVA EPS realizará la calificación del numeral 2 y 3, y del numeral 1 cuando lleguen las cuentas médicas del período evaluado, si hay necesidad de glosar el porcentaje (%) en cualquiera de sus medidas, se realizará el descuento en la próxima facturación que presente EL CONTRATISTA. Las facturas deberán cumplir con todos los requisitos establecidos por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y por el Código de Comercio y estar acompañada de los documentos soportes obligatorios que se indican a continuación: Las facturas deberán ser radicadas por El Contratista en la Gerencia Técnica y de Evaluación del Servicio en los diez (10) días siguientes al mes que se haya prestado el servicio. NUEVA EPS pagará el valor de la factura dentro de los treinta (30) días siguientes a su radicación, previa verificación sobre el contenido de la misma y los soportes obligatorios mediante transferencia bancaria en la cuenta que indique el contratista. PARÁGRAFO SEGUNDO: Las partes realizarán una revisión técnica a los seis (6) meses de ejecución del contrato, para evaluar el comportamiento del costo variable del mismo y los montos fijos”.

⁹⁵ Cláusula 3.4, Contrato 134-10.

⁹⁶ Cláusula 6, parágrafo 2, Contrato 134-10.

A su vez, excepciona alegando (i) la *"imposibilidad de revisión por imprevisión, pues la prestación se cumplió"*, expresando que el contrato no es susceptible de revisarse en los términos del artículo 868 del Código de Comercio, por tratarse de prestaciones periódicas ya satisfechas; la ii) *"inexistencia de hechos sobrevinientes que afectan la conmutatividad del contrato"*; la iii) *"inexistencia de obligación a cargo de Nueva EPS de revisión de los costos del contratista"*, pues manifiesta que correspondía a las partes de consuno, y no solo a **NUEVA EPS**, efectuar una revisión técnica a los seis meses de ejecución del contrato, evaluación que recaía sobre *"el desempeño del auditor en función del valor variable en el componente Costo (12%), en los componentes Costo Promedio por Estancia y Costo Medio Evento, según se indica en el anexo 6 del contrato"*⁹⁷, no en función del número de eventos a auditar, pues el contrato no previó revisar los promedios de pacientes a auditar; y la iv) *"inexistencia de daño en relación con el supuesto deber incumplido de revisar los costos del servicio"*, pues el actor deja de reclamar los daños asociados a tal incumplimiento.

Sobre el primer punto de la controversia, se precisa que su análisis y desarrollo tendrá lugar en la evaluación de las pretensiones declarativas tercera (3ª), sexta (6ª) y novena (9ª) las cuales hacen referencia específica a los temas tratados en esta, de tal forma que se tratará en este acápite lo atinente al segundo punto, referente a la revisión técnica del contrato.

5.1.2. Hechos probados sobre este aspecto de la controversia

El párrafo segundo de la cláusula 6 del Contrato 134-10, establece que *"las partes realizarán una revisión técnica a los seis (6) meses de ejecución del contrato, para evaluar el comportamiento del costo variable del mismo y los montos fijos"*.

La primera precisión que se debe hacer es que la revisión estaba prevista para evaluar el precio del contrato a los seis meses de ejecución y determinar, eventualmente, el reajuste de las tarifas como remuneración por los servicios.

En tal sentido no resulta exacta la afirmación de la convocada acerca de que la evaluación debía recaer sobre el *"desempeño del auditor en función del valor variable en el componente Costo (12%), en los componentes Costo Promedio por Estancia y Costo Medio Evento, según se indica en el anexo 6 del contrato"*, puesto que la revisión habría de comprender tanto la del valor fijo, establecido en el 70%, como la del valor variable del 30% y respecto de la totalidad de los componentes de este

⁹⁷ Folios 36 y 37, Cuaderno de Pruebas N° 1

último. El "Costo (12%)" era solo uno de sus factores, compuesto a su vez por (i) el costo promedio por estancia (8%) y (ii) el costo medio por evento⁹⁸.

En el transcurso del vínculo negocial **DELTA** solicitó, indistintamente, tanto la revisión de los costos del contrato por razón del incremento en el número de pacientes, como la "*optimización de la relación contractual*" mediante la implementación de medidas con las que se "*mantenga el equilibrio contractual*" y ajustes en los presupuestos estimados ante su necesidad de incrementar los equipos de trabajo y recursos por la prestación de un mayor número de actividades.

Así se constata en las siguientes comunicaciones:

Mediante carta de 23 de abril de 2012, dirigida a Alberto Guerrero Jácome, Gerente de **NUEVA EPS**, en la cual uno de los ítems se denomina "*prestaciones suplementarias o sin previsión en la ejecución del contrato*", **DELTA** solicita la revisión en los siguientes términos:

"2. Prestaciones suplementarias o sin previsión en la ejecución del contrato. Para la realización de actividades conjuntas entre las partes, puede requerirse de prestaciones adicionales a las incluidas en el contrato y sus anexos, que además de guardar relación directa con el objeto contractual y el presupuesto estimado, deberán ser oficializadas y formalizadas en un documento técnico.

[...]

Por ello, es fundamental tener un procedimiento para la puntualización de nuevos requerimientos, necesario para implementar las medidas necesarias para ejecutar cada nueva prestación, que cree seguridad jurídica y que mantenga el equilibrio contractual, evitando que se den prestaciones sin previsión de la ejecución del contrato, que puedan desbordar tanto este como sus anexos técnicos, y que determinan ajustes de logística, ajustes del proyecto y del contrato, a fin de generar el escenario propicio para dar cumplimiento a prestaciones no previstas en la etapa precontractual."

De manera puntual se observa que **DELTA** solicitó la revisión del contrato para el Hospital SES de Caldas con motivo de un incremento en el número de pacientes, mediante correo electrónico de 24 de mayo de 2012, dirigido a Alberto Guerrero Jácome, en el cual se menciona lo siguiente:

"Dr. Guerrero, debido a la situación del Hospital SES de Caldas, entidad única que tenemos en la zona cafetera bajo nuestra responsabilidad de auditoría, y que a la fecha prácticamente ha duplicado el número de pacientes que allí se hospitalizan a diario, lo que determina la inminente necesidad de que se incremente el equipo de trabajo que inicialmente se dispuso, para poder asegurar una auditoría concurrente como debe ser, y no atrasar la auditoría de las facturas. Se requiere de su revisión y

⁹⁸ Folios 37, Cuaderno de Pruebas N° 1

aprobación urgente de una modificación al presupuesto estimado para esta IPS, ya que se presupuestó (sic) solamente recurso de un (1) equipo de trabajo compuesto por un profesional médico, un profesional de enfermería, un profesional auxiliar y soporte de digitación respecto, pero indudablemente a la fecha el equipo debe duplicarse, y presupuestalmente no está concebido de esta manera.

[...]

Dr. Guerrero, aprovecho esta comunicación, para solicitar de nuevo la reunión con usted, para tratar este y otros temas de importancia del proyecto, y que se había pedido para el próximo lunes 28 de mayo, a la hora que ustedes mejor dispongan.”⁹⁹

Esta solicitud es reiterada en correo electrónico de 21 de junio de 2012, dirigido a **NUEVA EPS**, en donde se menciona que

“[...] se requiere ratificar por la nueva EPS el ajuste presupuestal de la zona [del eje cafetero], que a la fecha tiene un desfase cercano al 70%, y para mantener el recurso debe ajustarse”¹⁰⁰

En concordancia con las comunicaciones previas, confirma el señor Alberto Guerrero Jácome, en audiencia del 9 de mayo de 2019, la existencia de estas solicitudes de la siguiente forma:

“DR. LOMBANA: [...] usted recuerda si en algún momento Delta le planteó a usted directamente la necesidad de revisar ese contrato debido a que le estaba generando perjuicios y situaciones económicas adversas como consecuencia del incremento de actividades y número de pacientes en las IPS que se le habían asignado?

SR. GUERRERO: Algunos temas aducían el tema de mayor número de egresos”.

Ahora bien, con respecto a la revisión de los costos del contrato, esto es, la evaluación del “comportamiento del costo variable y los costos fijos del mismo” según el tenor literal de la cláusula sexta, quedó demostrado que a lo largo de la relación contractual, a partir del sexto mes de ejecución del contrato, **DELTA** realizó múltiples solicitudes relacionadas con la revisión técnica prevista en esta cláusula.

Así quedó corroborado con el interrogatorio de parte de la señora Adriana Jiménez Báez, representante legal de **NUEVA EPS**, en audiencia de 02 de abril de 2019¹⁰¹:

“DR. LOMBANA: Pregunta No. 5: ¿Diga cómo es cierto, sí o no, que desde el mes de marzo de 2011 Delta A Salud solicitó a Nueva EPS la revisión de los componentes fijo y variable conforme al parágrafo segundo de la cláusula sexta del contrato?

(...).

SRA. JIMÉNEZ: Listo, sí es cierto, pero quiero aclarar que en este momento, no tengo la precisión de las fechas exactas de las comunicaciones y podría

⁹⁹ Anexos de la demanda, prueba 10. Folio 73, Cuaderno de Pruebas N° 1.

¹⁰⁰ Anexos de la demanda, prueba 13. Folio 79, Cuaderno de Pruebas N° 1.

¹⁰¹ Páginas 4 y 5, transcripción, Cuaderno de Pruebas N° 3

haber, tengo conocimiento de comunicaciones que se presentaron a lo largo del contrato y manifestaciones de Delta.”

En concordancia con lo anterior, el señor Guillermo Enrique Sánchez Torres, Vicepresidente de Operaciones de **DELTA**, en audiencia de 29 de abril de 2019¹⁰², hace mención del contenido de la primera solicitud de revisión enviada por la convocante, en los siguientes términos:

"DR. LOMBANA: Usted mencionó un correo electrónico, que eso se realizaba, usted dice que la vicepresidencia técnica requería esa revisión, ¿usted podría precisarnos más o menos de qué fecha es ese correo?"

SR. SÁNCHEZ: El correo es, si no es de finales de febrero debe dar de la primera máxima segunda semana de marzo, yo pues lo tengo aquí, sé que hace parte, aquí podría precisar la fecha si ustedes me permiten revisarlo, es del 11 de marzo, es un correo que hace la vicepresidencia técnica del momento a las mismas personas que estaban citadas en el cuadrito que tomé ahora para mencionar, era la gerencia médica y la gerencia de auditoría, perdón, la vicepresidencia de salud y la gerencia de auditoría, en la que la expone, cito:

"Dado que se han cumplido los primeros 6 meses, plazo establecido en el contrato para la revisión del mismo, solicito como lo estipula en el contrato de prestación de servicios de auditoría que actualmente ejecutamos para Nueva EPS, le solicitamos concertemos una presentación del desarrollo y los logros de Delta dado que se ha cumplido los 6 meses, plazo establecido para la revisión del mismo".¹⁰³

No hay evidencia de más comunicaciones en las cuales **DELTA** haya solicitado la revisión del contrato, como tampoco que haya reclamado de manera específica el pago con motivo de la realización de un mayor número de auditorías.

Así se menciona en las aclaraciones al dictamen pericial rendido por el perito designado de oficio por el Tribunal **ÍNTEGRA AUDITORES CONSULTORES S.A.**, (en adelante **ÍNTEGRA**):

"Dentro de la información suministrada no se evidencia que Delta haya reclamado para cada mes el mayor número de auditorías por cada IPS [...] De igual forma, de la información suministrada no se evidencia que Delta haya dejado salvedad de no haber recibido el pago de mayor número de auditorías [...] No se evidencia que Delta haya informado a Nueva EPS el valor por cada auditoría adicional efectuada para cada mes de vigencia del contrato 134-10 [...] No se evidencia que Delta haya informado el número

¹⁰² Páginas 52 y 53, transcripción, Cuaderno de Pruebas N° 3

¹⁰³ Este correo quedó incorporado como parte de la declaración del testigo GUILLERMO ENRIQUE SÁNCHEZ TORRES, en audiencia de 29 de abril de 2019, en los siguientes términos:

"DRA. MEJÍA: ¿Está en el expediente?"

DR. LOMBANA: No señora, estaba mirando y no tengo de haberlo presentado dentro de las pruebas de la demanda, me tocaría revisar para de pronto determinarlo, no lo tengo presente.

DRA. MEJÍA: Permítanos entonces el documento.

[...]

DRA. MEJÍA: Igual queda como parte de su declaración este documento [...]."

*de auditorías adicionales ejecutadas, para cada mes de vigencia del contrato 134-10*¹⁰⁴

Ahora bien, frente a las solicitudes de revisión técnica del contrato presentadas por **DELTA**, advierte el Tribunal que la convocada tampoco procedió a realizar las revisiones a partir de abril de 2012. Así se constata en la declaración del gerente de prestación de servicios de **NUEVA EPS**, Alberto Guerrero Jácome, al ser cuestionado al respecto en audiencia de 9 de mayo de 2019¹⁰⁵:

SR. GUERRERO: Cuando yo estuve no se hizo, no hubo solicitud ahí (sic) la información en donde manifiestan la preocupación sobre unos puntos, puntuales con unas condiciones puntuales, pero ya eran finalizando el contrato estábamos en abril y el contrato terminaba en mayo ya veníamos de 2 años más o menos de contrato, que el contrato arrancó en el 2010 y lo que recuerdo es una información como hacia finales de abril y el contrato en ese momento terminaba ya en mayo estábamos a un mes de terminar más o menos el contrato."

No se encuentra, pues, prueba alguna acerca de que se hubiera efectuado la revisión de los componentes fijo y variable del precio, prevista para ser realizada a los seis (6) meses de ejecución del contrato. Así lo ratifica el señor Álvaro Enrique Teófilo de Jesús Bustos Mejía, fundador y asesor de la presidencia de **DELTA**, en audiencia de 2 de mayo de 2019, lo siguiente:

"DR. LOMBANA: La replanteo, de conformidad con el correo electrónico que se le puso de presente y en el cual se señala que dado que se han cumplido los primeros 6 meses, plazo establecido en el contrato para la revisión del mismo, quisiera yo preguntarle si tras esa comunicación hubo una revisión por los aspectos que usted plantea abajo que la compañía Delta planteaba en este correo llegando a un acuerdo, a un documento, a un reconocimiento económico, a una respuesta expresa y concreta sobre el tema o si por el contrario no ocurrió?

*DR. BUSTOS: No, eso no ocurrió, hubo promesa de que ocurriría, pero no ocurrió."*¹⁰⁶

Ahora bien, frente a la manifestación de **NUEVA EPS** de haber efectuado la revisión y modificación del precio al realizar las diversas prórrogas, encuentra el Tribunal que tales prórrogas no obedecieron a modificaciones de los costos fijo y variable que se tenían previstos originalmente, sino al reconocimiento del valor del contrato que se hace de manera proporcional al tiempo por el que se extiende la prórroga. Lo anterior es expuesto por el señor Alberto León Torres, representante legal de **DELTA**, en su declaración de parte en audiencia de 02 de abril de 2019, así:

¹⁰⁴ Páginas 49-50, Aclaraciones del Dictamen Pericial, folios 24 y 241, Cuaderno de Pruebas N° 2

¹⁰⁵ Páginas 48, transcripción, Cuaderno de Pruebas N° 3

¹⁰⁶ Páginas 70, transcripción, Cuaderno de Pruebas N° 3

"DR. SÁCHICA: Pregunta No. 20: ¿Diga cómo es cierto, sí o no, que Delta Salud aceptó que las adiciones al valor del contrato acordadas en las prórrogas 3, 4 y 5 serán adecuadas para remunerar sus servicios?"

SR. LEÓN: Sí es cierto que las adiciones se aceptaron, pero no como adiciones, es decir, cuando a uno le prorrogan un contrato lo que se paga es el tiempo adicional del contrato, o sea, no es que estén reconociendo un valor por la manera como se ha venido comportando el contrato, sino que están diciendo, usted va a trabajar dos meses más, entonces dos meses más le corresponde tal valor, pero ese es el valor que corresponde por la ejecución de ese tiempo, no es un valor que corresponda al reconocimiento de lo que en un momento dado se ha dejado de pagar por efecto de unas auditorías que no fueron pocas, que fueron más de 35 mil actividades de auditoría que no se habían pagado, entonces, con esa aclaración le respondo la pregunta."

En este sentido se observa que no hay sustento en el material probatorio que demuestre que **NUEVA EPS** hubiera hecho revisión del precio del contrato prevista en la cláusula sexta o con ocasión de las prórrogas, ni hubiera estado presta a hacerlo.

En tal sentido se encuentra el correo electrónico remitido el 11 de marzo de 2011 por Jairo Romero, Vicepresidente Técnico de **DELTA**, en el que se solicitó la revisión del Contrato, en los siguientes términos:

"En primer lugar, tanto por mi interés y responsabilidad como líder Técnico de Delta A Salud, como por lo estipulado en el contrato de prestación de servicios de auditoría que actualmente ejecutamos para Nueva EPS, les solicito concertemos una presentación del desarrollo y logros de Delta A Salud, dado que se han cumplido los primeros seis (6) meses, plazo establecido en el contrato para la revisión del mismo."

En respuesta a esta solicitud, la señora Martha Grosso, funcionaria de **NUEVA EPS**, manifestó:

"Con gusto podemos agendar una reunión, para ver el alcance del proyecto de Delta de manera individual, pero esta semana tenemos viaje a barranquilla de tal forma que no sería posible, de todas maneras así las evaluaciones sean como proyecto global tenemos claro en la GR como está cada operador."

Posteriormente, el 24 de mayo de 2012, **DELTA** solicitó nuevamente la revisión del Contrato, en atención a una situación particular que se estaba presentando en una IPS de la regional Caldas. Al respecto el señor Guillermo Sánchez escribió:

"Dr. Guerrero, debido a la situación del Hospital Ses de Caldas, entidad única que tenemos en la zona cafetera bajo nuestra responsabilidad de auditoría, y que a la fecha prácticamente a duplicado el número de pacientes que allí se hospitalizan a diario, lo que determina la inminente necesidad de que se incremente el equipo de trabajo que inicialmente se dispuso, para poder asegurar una auditoría concurrente como debe ser, y no atrasar la auditoría de las facturas. Se requiere de su revisión y aprobación urgente de una modificación al presupuesto estimado para esta IPS, ya que se presupuestó solamente recurso de un (1) equipo de trabajo compuesto por un profesional médico, un profesional de enfermería, un profesional auxiliar y soporte de digitación respectivo, pero indudablemente

a la fecha el equipo debe duplicarse, y presupuestalmente no esta concebido de esta manera."

Sólo hasta el 29 de mayo **NUEVA EPS** respondió a través de la funcionaria Vicky Vueltas, así:

*"(...) Estamos evaluando tu solicitud y re (sic) estaremos comunicando cualquier tipo de cambio.
Gracias,"*

El 21 de junio de 2012, DELTA insistió:

"Como se aprecia, el recurso extra ya fue vinculado, pero se requiere ratificar por la Nueva EPS, el ajuste presupuestal de la zona, que a la fecha tiene un desfase cercano al 70% y para mantener el recurso debe ajustarse"

Y nuevamente la señora Vicky Vueltas respondió:

*"(...) Si Guillermo este fue uno de los puntos que se comentó en la reunión sostenida la semana pasada con ustedes, quedamos en revisarla con el Doctor Guillermo.
Estamos atentos."*

No obran en el expediente documentos que demuestren que **NUEVA EPS**, en respuesta a estos mensajes de **DELTA**, hubiese accedido a revisar el contrato.

Aduce la convocada que no era solo suya la obligación de realizar la revisión de los costos, pero se encuentra probado que **DELTA** solicitó la revisión del contrato a los seis meses de ejecución, así como también elevó una solicitud de optimización de la relación contractual en lo referente a la prestación de "servicios adicionales" faltando un (1) mes y ocho (8) días para la finalización del contrato¹⁰⁷. De igual forma, que la convocante requirió a **NUEVA EPS** durante la última prórroga del contrato para la revisión del contrato para el Hospital SES de Caldas, por un mayor número de pacientes y que, no obstante tales solicitudes, **NUEVA EPS** no accedió a efectuar la revisión técnica prevista en el parágrafo segundo de la cláusula sexta del contrato.

De igual forma, encuentra el Tribunal que iii) si bien es claro que la obligación descrita en la cláusula en mención es más una carga que se impusieron de consuno las dos partes y no una obligación que solo era exigible a **NUEVA EPS**, se advierte en todo caso que **DELTA** efectuó solicitudes de revisión en reiteradas ocasiones, sin obtener una acción afirmativa por parte de **NUEVA EPS**; y que (iv) según la literalidad de los términos del contrato la evaluación recaía sobre el comportamiento del costo fijo y

¹⁰⁷ Para la época en que fue enviada la comunicación que solicitaba la optimización de la relación contractual (23 de abril de 2012), se encontraba en vigencia el otrosí No. 4, que establecía una prórroga hasta el 31 de mayo de 2012 [ver prueba 6 de los Anexos de la Demanda, p.130 del PDF].

variable, no específicamente sobre el desempeño del auditor con respecto de uno de los factores del valor variable¹⁰⁸.

En cuanto a la necesidad que haya tenido **DELTA** de incrementar los recursos o equipos de trabajo o el presupuesto de costos para la prestación de los servicios en mayor número al estimado, la demanda no trae pretensión alguna en tal sentido ni se reclama un daño por los mayores costos del contratista que fueran consecuencia directa de aquella circunstancia.

La pretensión de la demanda se contrae, en este aspecto del litigio, a la declaratoria de incumplimiento de **NUEVA EPS** por no haber efectuado la revisión técnica prevista en la cláusula sexta del contrato, lo cual ha quedado demostrado.

En relación con las excepciones propuestas por la sociedad convocada se anota que la obligación descrita en el parágrafo 2 de la cláusula 6 del Contrato versa sobre el comportamiento de las variables en el periodo contractual ya ejecutado, y que tal obligación no pretende equipararse a las circunstancias descritas en el artículo 868 del Código de Comercio, referente a la revisión del contrato por circunstancias extraordinarias, pues esta establece una revisión del comportamiento de los costos del contrato a los seis meses de ejecución, sin que tenga que ser un presupuesto para su realización la ocurrencia de circunstancias extraordinarias.

Al momento de definir el marco de este litigio, se explicó ampliamente que en este caso no se alega la *"teoría de la imprevisión"* sino un incumplimiento contractual, derivado tanto del hecho de que **NUEVA EPS** no realizara la revisión del contrato a que hace referencia el parágrafo segundo de la cláusula sexta del contrato, como por el no pago de la remuneración de la totalidad de los servicios que dice **DELTA** haber prestado en ejecución del contrato, por los descuentos de glosas injustificadas y por el pago tardío de las facturas radicadas.

No se configuran, pues, las excepciones de *"Inexistencia de hechos sobrevinientes que alteraran la conmutatividad del contrato"* o la de *"Imposibilidad de revisión por imprevisión, pues la prestación se cumplió"*, toda vez que en el presente caso no se acude a la teoría de la imprevisión como fundamento de las pretensiones de la demanda.

¹⁰⁸ Se recuerda aquí que **NUEVA EPS** adujo, en la contestación de la demanda al Hecho 2, que la evaluación recaía sobre el componente "Costo (12%)", en los componentes Costo Promedio por Estancia y Costo Medio Evento" Folio 236 Cuaderno Principal

Y respecto de las excepciones de "*Inexistencia de obligación a cargo de Nueva EPS de revisar los costos del contratista*" y la de "*Inexistencia de daño en relación con el supuesto deber incumplido de revisar los costos del servicio*", como ya se advirtió, lo pretendido en la demanda no es la revisión de la estructura de costos del contrato ni su eventual reajuste, como tampoco los del contratista, razón por la cual estas excepciones no están llamadas a enervar ninguna pretensión del demandante en tal sentido.

Con base en las consideraciones que anteceden y los hechos que se han encontrado demostrados, el Tribunal declarará que prospera la pretensión primera en lo que concierne al incumplimiento de las obligaciones derivadas de la cláusula sexta del contrato.

5.2. Segunda pretensión de la demanda [Declarativa] - Excepciones contra la segunda pretensión

En la segunda pretensión de la demanda, **DELTA** solicita que se declare que **NUEVA EPS** es responsable por los perjuicios causados "*por el incumplimiento en el pago o por el pago tardío de las facturas que, derivadas del Contrato de Prestación de Servicios No.134-10, ésta le radicó.*"

5.2.1. El litigio en este aspecto de la controversia

En relación con el pago tardío de las facturas aduce la convocante que la demandada le causó graves problemas económicos que derivaron en inconvenientes para su funcionamiento normal, pues los incumplimientos en el pago de las facturas radicadas le generó una falta de recursos que ocasionaron el atraso de los pagos correspondientes a nómina, y por ende, se empezaron a producir renunciaciones de trabajadores de **DELTA**, todo lo cual comprometía su responsabilidad para dar cumplimiento a sus obligaciones con **NUEVA EPS** y los demás clientes para los cuales prestaba servicios.

En el mismo sentido alega que, por razón de los mencionados incumplimientos, no le fue posible liquidar los contratos de trabajo de los empleados que estaban vinculados con el proyecto de **NUEVA EPS**, razón por la cual estos tuvieron que ser mantenidos en la nómina durante los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2012, causando un costo adicional de \$632.922.604, y generando sobrecostos administrativos evaluados en \$75.950.712.

Así mismo, refiere la demandante que, producto de tal situación, fue necesario para esta y para sus socios, acudir a créditos y a distintos mecanismos de financiación con el fin de tratar de cumplir sus obligaciones laborales y tributarias y de hacer las distintas erogaciones necesarias para el funcionamiento normal de **DELTA**.

Finalmente expresa que, como consecuencia de la ejecución del Contrato con **NUEVA EPS**, renunció a la celebración de otros negocios con clientes potenciales, así como tuvo que renunciar a contratos que había empezado a ejecutar, debido a que **NUEVA EPS** alegaba la existencia de conflictos de interés que darían como consecuencia el incumplimiento del Contrato.

Por su parte, la convocada pone de manifiesto que no le consta si el personal de **DELTA** renunció por el presunto impago de las facturas, ni cuales créditos debió adquirir ésta para cubrir obligaciones laborales y tributarias. De igual forma agrega que no es compatible con las reglas que gobiernan la responsabilidad contractual el reclamar presuntos valores generados por la terminación del contrato, cuando no se reclama judicialmente una terminación unilateral o sin justa causa, en cuanto se refiere al nexo de causalidad que debe existir entre el daño alegado y el hecho generador del mismo.

5.2.2. Hechos probados sobre este aspecto de la controversia

Encuentra el Tribunal que la convocante envió múltiples comunicaciones a **NUEVA EPS** informándole de la ocurrencia de perjuicios asociados al retraso en el pago de las facturas. Así menciona **DELTA** en correo de 23 de mayo de 2012, enviado por Guillermo Enrique Sánchez Torres, representante legal de **DELTA** a Alberto Hernán Guerrero Jácome, Gerente de **NUEVA EPS**, lo siguiente:

*"El tema de retraso en los pagos de las facturas correspondientes a los variables de los meses de enero y febrero de 2012, así como al 100% de las facturas de marzo, que a la fecha deberían estar pagadas, nos determina una situación insostenible en el proyecto, ya que hoy 23 de mayo no hemos logrado cancelar la totalidad de la nómina de abril a pesar de utilizar préstamos y recursos extras con altos costos financieros, y por obvias razones no tenemos ninguna posibilidad de pagar la nómina de mayo que, antes de 8 días debemos de cancelar."*¹⁰⁹

De igual forma, advierte la convocante sobre los perjuicios referidos en carta de 04 de julio de 2012, dirigida a Alberto Hernán Guerrero Jácome, en los siguientes términos:

¹⁰⁹ P.141, Anexos de la demanda [Prueba 8]

"Me permito informar que, a partir de la fecha, nuestra empresa se ve abocada a un retraso general en los pagos que son su obligación (a trabajadores, a la seguridad social, a proveedores, a bancos etc), por razón de que está en situación de grave iliquidez.

*La situación de iliquidez que afrontamos se debe, de manera muy especial, a la demora en que ha incurrido Nueva EPS en el pago del valor de las facturas que, oportunamente al tenor de los plazos convenidos, Delta A Salud ha presentado por los servicios que le hemos prestado, durante los meses de enero, febrero, marzo y abril del corriente año, a tan importante entidad"*¹¹⁰

Lo anterior es reiterado por **DELTA** en correo electrónico de 29 de agosto de 2012 de Alberto Hernán Guerrero Jácome a Álvaro Enrique Bustos Mejía¹¹¹.

Observa el Tribunal que no se encuentran soportes que permitan evidenciar la efectiva ocurrencia de los perjuicios mencionados por **DELTA**, más allá de las meras declaraciones de su acontecer. Pero advierte, al propio tiempo, que tanto el pago tardío de las facturas, como también el incumplimiento en el pago por un mayor número de auditorías realizadas y por los valores descontados por glosas aplicadas por **NUEVA EPS**, son supuestos que están solicitados por **DELTA** en otras pretensiones de la demanda al igual que los intereses de mora a título de indemnización de los perjuicios derivados de aquellas, por lo cual se volverá sobre este punto al estudiar y decidir cada una de tales pretensiones.

No obstante, el Tribunal pasa a referirse en este acápite del laudo a la excepción que la convocada denomina "*Contradicción sustancial de las pretensiones de la demanda*", con las siguientes consideraciones:

Alega la convocada que existe "*Contradicción sustancial de las pretensiones de la demanda*" cuando reclama el pago de servicios adicionales (pretensión tercera) pero lo fundamenta en la alteración de las condiciones de los costos del servicio, "*lo que hace suponer una revisión de ellos*", para derivar de ahí la obligación de pago a cargo de **NUEVA EPS**.

Para la demandada esta situación no permite al Tribunal tener certeza "*si de lo que se trata es de revisar la estructura de costos de los servicios, o de definir el pago de servicios adicionales*", dada la forma contradictoria como han sido planteadas las pretensiones.

¹¹⁰ P.160, Anexos de la demanda [Prueba 14]

¹¹¹ Anexos de la demanda (Prueba 15), Folios 84 y 85, Cuaderno de Pruebas N° 2

Sabido es que la pretensión es *"la exigencia de la subordinación de un interés ajeno a un interés propio."*¹¹² Bien podría decirse entonces que la pretensión materializa el derecho subjetivo de acción y concreta lo que se reclama respecto del demandado.

En suma, podría definirse la pretensión como un enunciado que surge de la voluntad del demandante, a través del cual se reclama de una persona, mediante una petición concreta y delimitada ante el juez, apoyada en fundamentos jurídicos y de hecho.¹¹³

Desde el punto de vista formal, nuestro legislador ha regulado la figura de la acumulación de pretensiones, estableciendo básicamente tres requisitos para su procedencia, aun sin la conexión entre las mismas, como son:

"1º. Que el juez sea competente para conocer de todas ellas".

"2º. Que no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias y".

"3º. Que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento".

Ahora bien, se ha establecido que existe indebida acumulación, cuando las pretensiones principales expresadas en la demanda son opuestas o contradictorias entre sí, o porque una necesariamente excluye a la otra.

Respecto de pretensiones que no son acumulables la Sala de Casación Civil, dijo lo siguiente:

*"En ese orden de ideas, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que reconoce como uno de los presupuestos procesales la demanda en forma, tiene por sentado que no existe nulidad en caso de acumulación de pretensiones por haberse tramitado el proceso con competencia para fallar respecto de unas y sin ella en relación con otros, ni es procedente la inhibición, porque la economía procesal hace imperativo el pronunciamiento judicial para decidir, en el fallo, sobre aquellas pretensiones para cuya decisión el despacho judicial que tramitó el proceso es competente conforme a la ley..."*¹¹⁴

Ello no ocurre aquí, toda vez que las pretensiones de la demanda no son excluyentes ni provienen de causa jurídica distinta. Aún más, la manera como fueron formuladas, hace desaparecer la exclusión entre ellas y su contradicción, cumpliéndose así el segundo de los requisitos de la norma que permite la acumulación de pretensiones.

¹¹² CARNELUTTI, Francisco. Sistema de Derecho Procesal Civil. I, Trad. Nieto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ed-Uteha Argentina. Reimpresión 1993.

¹¹³ 5 CARNELUTTI, Francesco. ¿Cómo se hace un proceso? Bogotá: Ed. Temis – Monografías Jurídicas, 1994, pág. 19.

¹¹⁴ Gaceta Judicial, Tomo CCXX, pág. 592.

De otro lado, desde el punto de vista sustancial, las pretensiones que se dicen opuestas en realidad se encuentran concatenadas, pues del incumplimiento del contrato por parte de **NUEVA EPS**, por el no pago o por el pago tardío, es que el demandante sostiene que la convocada está en la obligación de resarcir los perjuicios derivados de esta conducta (Pretensión segunda).

Como ya se dijo al analizar y resolver la primera pretensión, con la demanda no se ha pedido hacer la revisión de la estructura de los costos del contrato ni los del contratista, ni los eventuales ajustes o modificaciones a que ello pudiera dar lugar.

El Tribunal no tiene duda alguna respecto de la naturaleza y objeto del presente litigio, tal como ya se anotó, con respecto a que lo que persigue la demandante es que se *“declare que NUEVA EPS es responsable por los perjuicios causados a DELTA A SALUD por el incumplimiento en el pago o por el pago tardío de las facturas...”*.

Al margen de que, tanto en los hechos de la demanda como en el curso del debate probatorio, **DELTA** haya puesto de presente situaciones de desequilibrio en su estructura de costos por el retardo de **NUEVA EPS** en el pago de las facturas, o sobrecostos por la atención de un mayor número de pacientes, es diáfano que no es eso lo pretendido en la demanda sino el reconocimiento de los efectos en torno al incumplimiento en el pago de la totalidad de los servicios prestados o al cumplimiento tardío de las obligaciones de la convocada.

Las prestaciones del contrato deben ser cumplidas en forma cabal y oportuna por quien se encuentre obligado a su ejecución. El incumplimiento implica, para el acreedor, el derecho de exigir la ejecución forzosa de la prestación, así como la indemnización de los perjuicios, ya sea compensatoria para restituir con ella la obligación, o moratoria para resarcir únicamente el perjuicio por el retardo.

En el presente caso se advierte que, respecto de la mayor cantidad de servicios de auditoría que dice **DELTA** haber realizado en ejecución del contrato 134-10 (Pretensión cuarta), se está pidiendo la ejecución forzosa de la prestación debida, consistente en el pago de la remuneración por tales servicios y, aunado a ello, la indemnización de los perjuicios mediante el reconocimiento de intereses moratorios por el no pago oportuno de los servicios prestados (Pretensión quinta).

Igual ocurre cuando se pide declarar que las glosas aplicadas por **NUEVA EPS** a algunas de las facturas de **DELTA** fueron injustificadas y que, en consecuencia, la convocada debe efectuar el pago de los valores no pagados al amparo de dichas glosas (Pretensiones sexta y séptima) junto con los intereses moratorios respecto de

los valores dejados de pagar por ese concepto (Pretensión octava). Y finalmente se pide el resarcimiento de los perjuicios por la mora en que habría incurrido **NUEVA EPS** en el pago de las facturas que **DELTA** radicó (Pretensión novena) y se condene en consecuencia a los intereses moratorios derivados del retardo (Pretensión décima).

Como ha quedado visto, en la pretensión segunda de la demanda se pide al Tribunal declarar a **NUEVA EPS** responsable de los perjuicios por el incumplimiento en el pago o por el pago tardío, es decir que la convocante solicita, de un lado, los perjuicios derivados de dicho incumplimiento y, al propio tiempo, en las pretensiones subsiguientes, reclama los intereses moratorios con causa en ese mismo origen.

Por esta razón se pasa a examinar si jurídicamente es posible para el acreedor exigir la reparación de los perjuicios en forma simultánea o en cuantía mayor a los intereses moratorios, para dilucidar, a su vez, si en este caso son acumulables o no las respectivas pretensiones.

En principio, frente al incumplimiento del contrato el acreedor tiene derecho a que se le satisfaga tanto la prestación incumplida como también al resarcimiento íntegro de los perjuicios causados, a la reparación integral del daño¹¹⁵, con la precisión que adelante se indica cuando se trata, como en este caso, de obligaciones de dinero.

Al reclamante incumbe la carga de probar los perjuicios que invoca, la naturaleza, existencia y cuantía del daño que reclama, salvo que se trate de la indemnización de los perjuicios por mora en obligaciones de dinero, caso en el cual nuestro régimen legal dispone:

"Artículo 1617 Código Civil. *Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:*

(...)

2a.) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo. (...)"

Significa lo anterior que, si tan solo se reclaman intereses, en caso de mora en el pago de sumas de dinero, la ley releva al demandante de la carga de demostrar los perjuicios pues se asume que mediante el reconocimiento de aquellos se surte la reparación del daño.

¹¹⁵ Ley 446 de 1998. Artículo 16. VALORACION DE DAÑOS. *"Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales".*

Se discute, sin embargo, si el acreedor podría pedir judicialmente la determinación de los perjuicios para una reparación por cuantía mayor a la del interés moratorio, cuando con ocasión del retardo se hubiera producido un perjuicio superior a aquél.

Para un sector de la doctrina, el acreedor solo tiene derecho a reclamar intereses moratorios, aun si los perjuicios sufridos por el incumplimiento exceden la suma resultante de su liquidación.

*"Muchos autores y diversas jurisprudencias han considerado que el acreedor no puede exigir ninguna suma adicional, así los perjuicios efectivamente sufridos superen el monto de los intereses de mora"*¹¹⁶

Para atenuar el rigor de las afirmaciones en tal sentido, algunas sentencias han permitido al acreedor demostrar perjuicios en cuantía mayor al interés moratorio bajo la consideración de que *"el pago de intereses constituye, por regla general, la única indemnización, salvo que se evidencien plenamente en los autos otros perjuicios distintos"*¹¹⁷

Para algunos autores¹¹⁸ el interés moratorio indemniza todos los perjuicios sufridos por el acreedor de manera que, si hay otros perjuicios, este debe probarlos. *"Hay alguna vacilación de la Corte"*¹¹⁹ pero la conclusión es la indicada, de conformidad con los textos (art.1617 C.C.)"

*"CLARO SOLAR rechaza en forma perentoria que el acreedor pueda demandar la indemnización de perjuicios distintos de los cubiertos por el interés moratorio, por grandes que fueren, haya negligencia o dolo del deudor, la indemnización (intereses moratorios) es fija, alzada e invariable. HINESTROSA, por el contrario, considera que el acreedor puede demandar esos otros perjuicios porque el artículo 1617 no se lo prohíbe, probándolos, desde luego"*¹²⁰

Es posible advertir que la tendencia de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, aun no uniforme, es aquella de reconocer la posibilidad para el contratante cumplido de ejercer otra alternativa distinta de la de pedir los intereses de mora¹²¹

Por su parte, el Consejo de Estado ha señalado¹²² que

¹¹⁶ A VALENCIA ZEA, Derecho Civil – Obligaciones, Bogotá, Edit. Temis 1978 y Casación septiembre 24 de 1937, citados por SUESCUN MELO, Jorge, Anuario de Derecho Privado, Revista No.3, Universidad de Los Andes, Colombia

¹¹⁷ Casación abril 4 de 1940, citada en SUESCUN, Jorge, op. cit

¹¹⁸ Díaz Ramírez, Enrique. *Las tasas de interés en Colombia*. Ed. Temis, Bogotá, 2014

¹¹⁹ Casación de 5 de octubre de 1982, citado en DIAZ RAMIREZ, Enrique.

¹²⁰ Idem

¹²¹ Sentencia de trece (13) de noviembre de 2013 Ref.: 11001-3103-014-1995-02015-01

¹²² Sección Tercera, Sentencia de 14 de abril de 2010 Exp. 25000-23-26-000-1997-03663-01(17214)

"(...) bien puede el acreedor sufrir otros perjuicios por el incumplimiento del deudor de la obligación de pagar oportunamente una suma de dinero, los cuales no se presumen, pero pueden ser reconocidos o indemnizados, siempre que se demuestren; así discurrió la Sala:

"...Cabría deducir que el reconocimiento de los intereses de mora excluye el reconocimiento de otros perjuicios, lo cual no es así, pues no es extraño que los perjuicios irrogados por la administración al contratista puedan tener un monto superior al que resulta del sólo reconocimiento de los intereses moratorios y de la ordenación del pago del capital actualizado. De ahí que el contratista tiene derecho al reconocimiento de perjuicios adicionales al pago de intereses moratorios cuando con éstos no se logre una reparación integral (art. 16 Ley 446 de 1998).

*Ya la sala en la sentencia del 28 de octubre de 1994, Exp. 8.092 había señalado que 'si el valor del contrato es pagado tardíamente, el contratista tendrá derecho al pago de los intereses que constituyen la rentabilidad que la ley presume produce el dinero, y a la actualización de la suma debida, que responde al principio del pago integral de la obligación'. Pero, **si el contratista pretende obtener perjuicios por conceptos distintos, como el de la permanencia de equipos y personal en la obra durante los períodos de suspensión de la obra, estos perjuicios deberán ser acreditados.** Ellos efectivamente serían de linaje contractual pues se originaron en el desarrollo del contrato, pero no son prestaciones pactadas en el contrato; **su ocurrencia y su monto no han sido previstos en él y por ende al actor le corresponde demostrarlos** cuando pretenda ser indemnizado por dichos conceptos".*

Coincidiendo con el anterior criterio, la Corte Suprema de Justicia ha expresado sobre el particular que:

"[E]l acreedor, entonces, cualquiera que sea la estirpe de la obligación: civil o comercial, tiene derecho a demandar, no sólo el reconocimiento de los perjuicios previamente cuantificados -lato sensu- por el legislador, sino también el de cualquiera otro daño que la mora de su deudor le hubiere generado, el cual queda situado al margen de la presunción consagrada por la ley respecto de los primeros, esto es en la periferia de los intereses, motivo por el cual ese daño mayor que se alega, debe ser acreditado en forma fehaciente"¹²³

En suma, de acuerdo con las jurisprudencias citadas, aunque se soliciten intereses de mora como indemnización de perjuicios por el incumplimiento en el pago de sumas de dinero, la cual no sería inferior al interés legal, ello no es obstáculo para que también, al amparo del principio de la reparación integral del daño (arts. 16 Ley 446 de 1998, 1617 No. 2 C.C.), se pidan perjuicios superiores, mayores o complementarios, evento en el cual el acreedor debe probar su existencia y la falta de cobertura resarcitoria de los mismos a través de los intereses de mora.

¹²³ Citada por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 18 de marzo de 2004 Exp.14.589. En el mismo sentido las de 13 de octubre de 1994 Exp.9.206 y de 28 de noviembre de 2002 Exp-14040

Con todo, la falta de uniformidad en el tratamiento sobre esta materia impide acusar de indebidamente acumulables, desde el punto de vista sustancial y formal, las pretensiones de la demanda en tal sentido. Todo esto con independencia, claro está, de lo que decida el Tribunal al resolver sobre la indemnización reclamada respecto de cada una de ellas.

Conforme a las consideraciones que anteceden, se tendrá por no probada la excepción de “*Indebida acumulación sustancial de las pretensiones de la demanda*” y se procederá al examen de las restantes peticiones de la demanda.

En cuanto a la pretensión segunda, se declarará que no prospera, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre las pretensiones de condena cuarta (4), quinta (5), octava (8), décima (10) y décimo primera (11) de la demanda.

5.3. Tercera pretensión declarativa de la demanda, cuarta y quinta consecuenciales de condena - Excepciones contra la tercera, cuarta y quinta pretensión

La tercera pretensión de la demanda se relaciona con la ejecución de un número de auditorías adicional a las estimadas según el contrato 134-10, en los siguientes términos:

“Tercera, Declarativa: Que se declare que DELTA A SALUD realizó 35.414 auditorías adicionales a las estimadas en el Contrato con NUEVA EPS, -o las que efectivamente se demuestren ante este Tribunal-, auditorías que no fueron reconocidas ni pagadas por la Demandada.”

La cuarta pretensión de la demanda se refiere a la condena como consecuencia de la prosperidad de la pretensión tercera, en los siguientes términos:

“Cuarta, de Condena: Que se condene a NUEVA EPS al pago de DOS MIL OCHOCIENTOS DIECINUEVE MILLONES NOVECIENTOS DIEZ MIL QUINIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS CON TREINTA Y TRES CENTAVOS M/cte. (\$2.819.910.593.33), o al pago del valor que efectivamente se demuestre en el proceso, a favor de DELTA A SALUD, por concepto de servicios adicionales efectivamente prestados y que no fueron debidamente estimados en el Contrato No, 134-10, ni tampoco fueron reconocidos ni pagados por NUEVA EPS.”

Finalmente, en la quinta pretensión se reclama el pago de los intereses moratorios por los servicios adicionales de la siguiente forma:

“Quinta, de Condena: Que se condene a NUEVA EPS al pago de CUATRO MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS VEINTE MIL DOSCIENTOS VEINTIDÓS PESOS M/cte. (\$4.473.820.222) a favor de DELTA A SALUD, por concepto de intereses moratorios a la tasa máxima

legal permitida y certificada por la Superintendencia Financiera, liquidados al 28 de febrero de 2017, o al pago de los servicios adicionales prestados por DELTA A SALUD y no estimados en el Contrato No. 134-10."

5.3.1. El litigio en este aspecto de la controversia.

El Tribunal abordará, en primer lugar, el análisis de los argumentos de la convocada en sustento de la excepción que denominó "*Incompatibilidad de las pretensiones con el objeto del contrato*", según la cual "*el objeto del contrato no hace referencia a la prestación de servicios consistente en número mínimo o máximo de auditorías, sino al servicio de auditoría en las IPS asignadas. Dicho de otra manera, el objeto del contrato no fue acordado por unidad de servicio por auditoría sino por IPS donde se irían a desarrollar esas actividades. El servicio así contratado y que corresponde a la literalidad del objeto del contrato, correspondió al de un suministro de servicios, fijado en un número de IPS a auditar, por cuenta de la Nueva EPS, como entidad aseguradora del sistema general de seguridad social en salud*".

Por ello y fundamentalmente por el objeto del contrato, la demandada reclamó la aplicación de las reglas del contrato de suministro porque según dice, el objeto recaía en el número de IPS y no en el número de auditorías. Y agregó: "*De no aplicarse las reglas del suministro sino las relativas al contrato de obra o empresa, igual conclusión habrá de proponerse, pues en esta particular forma contractual, el monto de la remuneración será el que las partes estipulen expresamente [...] al tenor del cual se pactó un valor fijo y un variable, según la IPS a auditar, soportado en los resultados de la ejecución de un contrato anterior*".

A su turno, en los alegatos de conclusión el apoderado judicial de la demandada, apoyado en las aclaraciones del dictamen pericial de **INTEGRA**¹²⁴, afirmó que no se pueden reclamar cantidades adicionales porque el contrato fue a precio global¹²⁵ y cuando el precio es global el riesgo es del contratista.

Para el Tribunal el contrato materia de este litigio es un contrato de prestación de servicios, de cuyas estipulaciones propias se sirvió el Tribunal para decidir este litigio tomando en consideración, en especial, la cláusula primera sobre el objeto del contrato; la segunda sobre las obligaciones del contratista; la tercera sobre las obligaciones de **NUEVA EPS**; la cuarta sobre el plazo de ejecución; la quinta sobre el valor del contrato y la sexta sobre los honorarios y forma de pago, así como los anexos del mismo y las cinco prórrogas al mismo acordada por las partes.

¹²⁴ Rendido el 5 de noviembre de 2019

¹²⁵ Respuesta a la Pregunta 5.6 de la Convocada (Página 79), Folio 270, Cuaderno de pruebas N° 2

De calificar el contrato como uno de prestación de servicios, ello excluye que sea un contrato de suministro de servicios o un contrato de obra, sin necesidad de recurrir a estos tipos contractuales por la autonomía que tiene el contrato materia de este litigio.

Aquí ha de recordarse que la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la interpretación de los contratos es cuestión que corresponde a la discreta autonomía de los juzgadores y que ello no es susceptible de modificarse en casación, salvo que aparezca de modo manifiesto en los autos que el sentenciador en su apreciación incurrió en ostensible error de hecho¹²⁶. Así pues, los jueces gozan de autonomía para calificar e interpretar los tipos negociales y de otorgarles los efectos jurídicos finales que les corresponden¹²⁷.

La característica de ser un contrato de prestación de servicios y no otro comienza con su propia nomenclatura:

"CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS SUCRITO ENTRE NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD EPS S.A.- NUEVA EPS S.A. Y LA SOCIEDAD DELTA A SALUD LIMITADA".

Se reafirma con las expresiones iniciales de las cuales se valieron las partes para indicar:

"[...] hemos convenido celebrar el presente CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS el cual se regirá por las normas del Derecho Privado y las cláusulas que se estipulan a continuación [...] PRIMERA: OBJETO.- EL CONTRATISTA se obliga para con la NUEVA EPS a realizar la Auditoría de Seguimiento y Auditoría Específica en las IPS que le sean asignadas por NUEVA EPS".

Se consolida, *inter alia*, con las obligaciones que asumió el contratista descritas en la cláusula segunda del contrato 134-10 suscrito por las partes el 7 de septiembre de 2010. Y, por supuesto, por la ejecución práctica que las partes le dieron, la cual fue siempre la de un contrato de prestación de servicios y no las de suministro de servicios o de contrato de obra o empresa.

¹²⁶ Ver, entre otras, sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil del 6 de marzo de 1972, M.P. Humberto Murcia Ballén.

¹²⁷ Este pensamiento ha sido reiterado por la Corte. "En numerosas ocasiones la Corte ha precisado que la interpretación de los contratos -en línea de principio rector- es tarea confiada a la 'cordura, perspicacia y pericia del juzgador' (CVIII, 289), a su 'discreta autonomía' (CXLVII, 52), razón por la cual, el resultado de ese laborio 'no es susceptible de modificarse en casación, sino a través de la demostración de un evidente error de hecho' (CXLII, 218 Cjme: CCXL, 491, CCXV, 567)".

También ha indicado la Corte: "Cuando el contrato celebrado entre las partes ha sido concebido en términos precisos que se ajustan con absoluta nitidez a una de las figuras contractuales definidas por la ley, la determinación de su naturaleza, por lo general, no acarrea mayor dificultad" (Corte Suprema de Justicia, sentencia de la Sala de Casación civil del 8 de mayo de 2001, M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno).

Respecto de esta última modalidad contractual, es claro para el Tribunal que el contrato no podía estar regido por el artículo 2060 del Código Civil¹²⁸ porque la obligación asumida por el contratista no fue un *opus* -una obra material- sino, en esencia, actividades de auditoría de calidad de la atención en las IPS que se le asignaron.

Además, la figura del precio global que aparece al comienzo del artículo 2060 del Código Civil no admite ser extendida o extrapolada al Contrato 134-10 por cuanto sobre el precio hay cláusula específica, en virtud de la cual se señaló que el precio surgía de la combinación de un elemento fijo y otro variable de acuerdo con el anexo 6 del contrato.

En efecto, se lee en la cláusula quinta del contrato que

“El valor del Presente Contrato es indeterminado pero determinable. Las partes acuerdan que el valor total del contrato será el que al final de la ejecución del mismo resulte de sumar el valor fijo y variable según el ANEXO No. 6”.

Es tan evidente que no se trata de un precio global, entendido en los términos del artículo 2060 C.C. como un precio único prefijado, que el mismo contrato recurre a la figura de un **valor variable** para la integración del precio, punto que es incluso reiterado en el parágrafo segundo de la cláusula sobre honorarios y forma de pago, el cual señala:

“Las partes realizarán una revisión técnica a los seis (6) meses de ejecución del Contrato, para evaluar el comportamiento del costo variable del mismo y los montos fijos”.

¹²⁸ Código Civil. Artículo 2060. “ARTICULO 2060. <CONSTRUCCION DE EDIFICIOS POR PRECIO UNICO>. Los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan además a las reglas siguientes:

1. El empresario no podrá pedir aumento de precio, a pretexto de haber encarecido los jornales o los materiales, o de haberse hecho agregaciones o modificaciones en el plan primitivo; salvo que se haya ajustado un precio particular por dichas agregaciones o modificaciones.
2. Si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren costos que no pudieron preverse, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño; y si éste rehúsa, podrá ocurrir al juez o prefecto para que decida si ha debido o no preverse el recargo de obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda.
3. Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario; si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 2041, <sic 2057> inciso final.
4. El recibo otorgado por el dueño, después de concluida la obra, sólo significa que el dueño la aprueba, como exteriormente ajustada al plan y a las reglas del arte, y no exime al empresario de la responsabilidad que por el inciso precedente se le impone.
5. Si los artífices u obreros empleados en la construcción del edificio han contratado con el dueño directamente por sus respectivas pagas, se mirarán como contratistas independientes, y tendrán acción directa contra el dueño; pero si han contratado con el empresario, no tendrán acción contra el dueño sino subsidiariamente y hasta concurrencia de lo que éste debía al empresario”.

Es decir que las mismas partes previeron una revisión técnica contractual sobre los dos elementos configurativos del precio: el fijo y el variable.

En cambio, en el contrato de obra sujeto a un precio global se entiende, por regla general, que *“el empresario no podrá pedir aumento del precio, a pretexto de haber encarecido los jornales o los materiales, o de haberse hecho agregaciones o modificaciones en el plan primitivo”*.

Por las anteriores razones se declarará en el Laudo que esta excepción no se encuentra probada.

Pasa enseguida el Tribunal a abordar el examen acerca de la naturaleza de las prestaciones que reclama la convocante, para determinar si se trata de servicios de auditoría adicionales o distintos de los previstos en el contrato 134-10, vale decir, servicios no comprendidos dentro del objeto contractual, o si se trata de la prestación de un número de servicios de auditoría adicional al que fuera estimado en el contrato, pero ejecutado en cumplimiento del mismo.

Los servicios de auditoría a cargo de **DELTA** consistían fundamentalmente en hacer (i) auditoría de seguimiento y (ii) auditoría específica¹²⁹, en las IPS asignadas por **NUEVA EPS**, cuyo alcance se precisa en el Anexo 4 del Contrato denominado *“ANEXO TECNICO // AUDITORIA DE SEGUIMIENTO Y ESPECÍFICA”*¹³⁰. Según el Anexo 2 del contrato, la auditoria concurrente tenía por objetivo general y alcance:

“Monitorizar la oportunidad y racionalidad técnico-científica de la atención que se está brindando al paciente durante su internación, basado en el ejercicio de la mejor práctica evidenciada en los resultados de la MBE (medicina basada en evidencia), con el fin de garantizar la calidad en la atención, racionalidad del costo médico y el trabajo en equipo con las IPS”.

“Alcance: Este proceso comienza con el ingreso del afiliado a la prestación del servicio, desde el primer nivel hasta el análisis de la atención brindada al paciente durante su internación y egreso”.

Y conforme al Anexo 3 la auditoría retrospectiva tenía por objeto:

“Verificar que lo facturado corresponda a los servicios prestados teniendo en cuenta la normatividad vigente, los términos contractuales y las políticas de NUEVA EPS S.A. Adicionalmente, a través de los soportes verificar que el proceso de atención haya sido realizado cumpliendo los criterios de calidad en términos de: oportunidad, suficiencia, continuidad, integralidad, racionalidad técnico científica y demás atributos de calidad, con el propósito de impactar positivamente en la satisfacción de los afiliados y en el control del costo médico”.

¹²⁹ Contrato 134-10. Cláusula primera, Objeto.

¹³⁰ Folios 27 a 32, Cuaderno de Pruebas N° 1

Nueva EPS aduce que la convocante reclama auditorías adicionales a las previstas en el Contrato 134-10, lo que en su concepto estaría por fuera de la competencia del Tribunal, para las cuales habría sido necesario pacto expreso de las partes, cosa que no ocurrió y que, eventualmente, sería materia de una acción distinta de la planteada en el presente litigio.

Sobre este aspecto del litigio la convocada opone las excepciones de "*Ausencia de pacto arbitral encaminado a reconocer el pago de servicios adicionales no previstos en el contrato*" y "*Ausencia de pacto para la prestación de servicios adicionales*", a las cuales se refiere el Tribunal con las siguientes consideraciones:

Se define el pacto arbitral como "*un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas*"¹³¹.

Sabido es que el pacto arbitral comprende dos modalidades: la cláusula compromisoria y el compromiso. En el caso de la cláusula compromisoria, corresponde a la disposición contenida en un contrato celebrado por las partes o en otro documento, pero referida al mismo contrato, por medio de la cual los contratantes acuerdan, antes de que surja cualquier conflicto entre ellos, que de llegar a suscitarse alguno, su solución se someterá total o parcialmente al conocimiento de los árbitros.

Con relación a ello la jurisprudencia¹³² más relevante ha dicho:

"Esta cláusula está concebida para operar en caso de "eventuales diferencias", sin que de manera concreta pueda anticiparse la existencia cierta de las mismas, es decir, no se fijan extremos de la controversia pues los conflictos son futuros e inciertos, aunque necesariamente deben estar directamente vinculados con el objeto del contrato que las origina."

En estricto sentido, entonces, la cláusula compromisoria tiene efectos en relación con materias ligadas a una determinada relación jurídica.

En el presente caso, la parte convocada ha señalado que el Tribunal carece de competencia para reconocer a **DELTA** el pago de servicios adicionales, los que entiende como no previstos en el contrato, razón por la cual se procede a dilucidar la cuestión planteada.

¹³¹ Artículo 3, Ley 1563 de 2012

¹³² Consejo de Estado. Radicación número: 76001-23-31-000-1997-04862-01(18013).

Para tal efecto conviene transcribir el contenido de la cláusula compromisoria del negocio jurídico celebrado entre las partes. En la cláusula décima quinta del referido contrato de prestación de servicios¹³³, las partes incluyeron una cláusula compromisoria, la cual expresamente dispone:

“DÉCIMA QUINTA: CLÁUSULA COMPROMISORIA.- Las eventuales diferencias que llegaren a surgir entre los contratantes con ocasión de la celebración, interpretación, ejecución y terminación de este contrato y que no pudiesen ser solucionados directamente por las partes serán dirimidas por un Tribunal de Arbitramento integrado por tres árbitros, el cual funcionará en la ciudad del domicilio contractual y decidirá en derecho, ciñéndose a lo dispuesto en el Decreto 2279 de 1989. Los árbitros serán designados de común acuerdo por las partes dentro de diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que una parte comunique a la otra su determinación de convocar al tribunal. Sino mediar acuerdo total o parcial al respecto los árbitros faltantes serán designados por la Cámara de Comercio del lugar del domicilio contractual”.

Debe señalarse que en este proceso ninguna de las partes ha cuestionado la existencia, validez o eficacia del pacto arbitral antes transcrito; que es claro que la aludida cláusula señaló que por vía arbitral se puede dirimir todo asunto relacionado con la celebración, ejecución y liquidación del contrato y que lo reclamado por **DELTA** no es la prestación de auditorías distintas de las que son objeto del contrato sino la remuneración por un número adicional de las que fueron tenidas en cuenta en el promedio base de las tarifas, pero todas ellas dentro del marco del contrato 134-10 y en ejecución de su objeto.

La expresión de la demanda relativa a “servicios adicionales” no hace referencia a una índole de servicios distinta de la prevista en el contrato sino a un número adicional de aquellos, en exceso de los que dice la convocante que habían quedado estimados en las tarifas y precio del Contrato 134-10. Lo que ha quedado evidenciado, ciertamente, es que las auditorías reclamadas no se refieren a la ejecución de prestaciones por fuera del marco contractual ni ajenas o adicionales al alcance de su objeto. Nada distinto fue acreditado en el proceso.

De esta manera, siendo que dichas actividades no parten de un objeto contractual distinto, todas las controversias que se discuten en el presente proceso quedan comprendidas dentro de aquellas derivadas de la “celebración, interpretación, ejecución y terminación del contrato” a que se refiere la cláusula compromisoria, específicamente la relacionada con el pago de una mayor cantidad de servicios realizados en ejecución del contrato, razón por la cual el debate en torno a su realización queda sin duda comprendido en el ámbito de competencia del Tribunal arbitral.

¹³³ Folios 4 reverso y 5, Cuaderno de Pruebas N° 1.

En segundo lugar, para el examen conjunto de las pretensiones tercera (3), cuarta (4) y quinta (5) se procederá a su desarrollo de conformidad con los argumentos identificados en ellas:

i) Estructuración de la tarifa: Aduce la sociedad convocante que previo a la celebración del contrato 134-10, **NUEVA EPS** hizo unas estimaciones del número de pacientes que serían atendidos en promedio por mes en cada una de las IPS que iban a ser asignadas a **DELTA**.

Declara la convocante que estas estimaciones se basaron en la información que **NUEVA EPS** le suministró respecto del comportamiento histórico correspondiente al promedio facturado en el contrato suscrito entre las mismas partes para la vigencia 2009-2010, comportamiento que se encuentra reflejado en el documento denominado "*Base de Monto Total (Variable + Fijo) Modelo de Auditoría 2010 – Vicepresidencia de Salud Nueva EPS S.A.*"¹³⁴, en el cual se muestra el promedio estimado de pacientes con egreso, el techo presupuestal estimado, los egresos estimados, el estimado de estancia y el promedio estimado de facturas por mes de cada IPS.

Conforme a lo anterior, expresa **DELTA** que las estimaciones realizadas por **NUEVA EPS** fueron determinantes para que aquella hiciera el estudio necesario de los costos para la prestación de los servicios y que estos, a su vez, fueron concluyentes para que la convocante estableciera el valor de las auditorías que habría de hacer cada mes en cada IPS.

ii) Auditorías adicionales: Alega la convocante que ejecutó un mayor número de servicios de auditoría por encima de los pactados en el contrato como resultado de la ejecución regular del mismo, sin que **NUEVA EPS** hubiera ajustado el presupuesto o el valor del contrato debido a dichos servicios adicionales, pues los presupuestados al inicio fueron solo estimaciones y en tal sentido señala que el valor estimado de auditorías, contemplado en el Modelo de Auditoría de la EPS del 2010, no correspondió a la realidad, pues en algunos casos llegó a duplicarse, como en el caso del Hospital San Francisco en la ciudad de Tuluá.

Expresa que desde septiembre de 2010 hasta agosto de 2012 fue evidente la diferencia entre los pacientes estimados y los reales al momento de ejecutar el contrato en cada IPS, pues se estimaba para este período un total de 105.145 auditorías, cuando en realidad se practicaron 140.559, resultando una diferencia de 35.419.

¹³⁴ Folio 142, Cuaderno de Pruebas N° 1

Argumenta **DELTA** que la mayor cantidad de pacientes comparada con el número de los que fueron estimados se generó por la deficiencia en el cálculo de **NUEVA EPS** respecto del promedio de pacientes cuya atención debía ser objeto de auditoría y la negativa de **NUEVA EPS** a revisar el valor establecido en el contrato de conformidad con el parágrafo segundo de la cláusula sexta.

iii) Valor de las auditorías adicionales: Argumenta **DELTA** que para la determinación del valor de los servicios adicionales que debieron ser pagados a su favor, se tomó el valor asignado a cada IPS en el contrato, clínica por clínica, y se dividió en el número estimado de auditorías estipulado en el contrato, para después aplicarlo, por cada clínica, al número real de usuarios sobre los que efectivamente se prestaron los servicios de auditoría, lo que permitió hallar por cada mes el valor per cápita por paciente y por cada IPS, multiplicado por los servicios dejados de pagar.

En contraposición la convocada rechaza tales afirmaciones con los siguientes argumentos:

i) Frente a la estructuración de la tarifa: Se opone la demandada declarando que la estructura de remuneración no fue pactada en atención al número de eventos de auditoría, pues el valor de las auditorías pactadas fue determinado por cada IPS, conforme al Anexo 6 del contrato, en el que se estipuló que el valor fijo sería el 70% del valor promedio facturado bajo el contrato suscrito en vigencia 2009-2010, valor distribuido por IPS, así como un valor variable que corresponde al 30% restante que se causaría bajo específicos y medibles factores.

En tal sentido propone como excepción la *"incompatibilidad de las pretensiones con el objeto del contrato"*, pues en su concepto la convocante reclama con esta pretensión la declaratoria de existencia de 35.414 auditorías adicionales a las estimadas en el contrato, cuando ni en su objeto, ni en sus anexos, se hace referencia a la prestación de servicios basado en un número determinado o determinable de auditorías; y se opone aduciendo el *"desconocimiento de las bases en la determinación del precio del contrato"*, pues el valor del contrato está definido por un monto fijo y uno variable, no por evento auditado.

ii) Frente a las auditorías adicionales: Rechaza la convocada tales hechos afirmando que no existe en la demanda prueba de hechos sobrevinientes que motivaran una variación en los precios pactados bajo el contrato, y menos aún que coloquen en cabeza de **NUEVA EPS** la obligación de un pago o restablecimiento del precio acordado. De igual forma, aduce que los promedios estimados nunca fueron sobrepasados.

Menciona también el “*desconocimiento de los riesgos asociados a las prestaciones comprometidas*”, argumentando que **DELTA** asumió las contingencias asociadas a las prestaciones a su cargo, siendo su obligación ejecutar la auditoría de seguimiento y específica en las IPS que le fueron asignadas por **NUEVA EPS**, según el anexo 1 del contrato.

Finalmente, aduce la “*mala fe - comportamiento contrario a sus propios actos*”, arguyendo que cuando **DELTA** firmaba las prórrogas declaraba al final de los documentos que las contenían que “*los demás términos del contrato primigenio continúan vigentes y sin modificación alguna*”, sin que la convocante hubiere realizado salvedades o reservas en tales ocasiones.

iii) Frente al valor de las auditorías adicionales: Discrepa la convocada aduciendo que el cálculo realizado por la demandante para asignar el costo de las auditorías adicionales no corresponde a un hecho, sino a una simulación que la sociedad convocante hace sobre unos supuestos que contractual y legalmente no fueron pactados y que, por lo mismo, no le son exigibles.

5.3.2. Hechos probados sobre este aspecto de la controversia

Se pone de presente, en primer lugar, que para la apreciación del dictamen técnico elaborado por **ÍNTEGRA**, la información y soportes suministrados al perito fueron entregados por ambas partes. De ello quedó constancia en los siguientes términos:

“...los datos no surgieron de una base de datos única provista por alguna de las partes, por cuanto, se realizaron cruces de información utilizando información de ambas partes.

“La base de datos consolidada y entregada por DELTA fue validada y confirmada con la información obtenida de Nueva EPS, mediante los correos de entrega de información mensual que en su momento recibió de parte de DELTA, y con la cual obtuvo información consolidada con relación a: Censo, Concurrencia y visitas”¹³⁵

En segundo lugar, se procede a analizar, en el mismo orden que viene, los temas de este aspecto del litigio, así:

i) Sobre la estructuración de la tarifa:

El Contrato 134-10 menciona en el párrafo de la cláusula 5 que

“Para todos los efectos de ley, las partes establecen que este contrato tiene un valor anual estimado de CUATRO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y UN

¹³⁵ Página 31 escrito de Aclaraciones

MILLONES DOSCIENTOS MIL TRESCIENTOS VEINTE PESOS
(\$4.241.200.320) MONEDA LEGAL ¹³⁶

Sin embargo, precisa la misma cláusula que el valor se encuentra establecido como “*indeterminado pero determinable*”¹³⁷, por lo cual para la determinación del valor total del contrato se estableció que este sería “*el que al final de la ejecución de este resulte de sumar el valor fijo y variable según el ANEXO No. 6*”¹³⁸, por cuanto “*el contrato determina una serie de variables que en su conjunto corresponden al 100% del componente variable de la tarifa por IPS, siendo este a su vez el 30% del valor total de la tarifa por IPS*”¹³⁹.

El ANEXO 6¹⁴⁰ a que se refiere esta cláusula del contrato, contiene un listado de los valores correspondientes al valor fijo y variable por cada IPS, como pasa a observarse:

VALOR FIJO / VALOR VARIABLE						
DELTA A SALUD LIMITADA						
Nº	REGIONAL	DEPARTAMENTO	CIUDAD	NOMBRE DE LA IPS	VALOR FIJO	VALOR VARIABLE
1	Bogotá	Cundinamarca	Bogotá	Hospital Universitario Clínica San Rafael	29.185.128	12.507.912
2	Bogotá	Cundinamarca	Bogotá	Fundación Hospital San Carlos	6.981.072	2.991.888
3	Bogotá	Cundinamarca	Bogotá	Clínica Carlos Lleras Restrepo	10.219.440	4.379.760
4	Bogotá	Cundinamarca	Bogotá	Hospital Universitario Mayor	144.054.288	61.737.552
5	Bogotá	Cundinamarca	Bogotá	Hospital Universitario Barrios Unidos		
6	Bogotá	Cundinamarca	Bogotá	Clínica Partenón Ltda.	2.349.144	1.006.776
7	Bogotá	Cundinamarca	Bogotá	Fundación Santa Fe de Bogotá	2.813.664	1.205.856
8	Bogotá	Cundinamarca	Bogotá	Videmedica Internacional S.A.	3.172.008	1.359.432
9	Bogotá	Cundinamarca	Bogotá	Fundación Salud de los Andes	4.406.304	1.888.416
10	Centro oriente	Cundinamarca	Girardot	Caprecom Nuevo Hospital San Rafael	1.725.360	739.440
11	Centro oriente	Cundinamarca	Girardot	Médicos Asociados Clínica San Sebastián	8.122.464	3.481.056
12	Centro oriente	Cundinamarca	Soacha	Hospital Cardiovascular del Niño de Cundinamarca	11.281.200	4.834.800
13	Suroccidente	Valle del Cauca	Palmira	Inversiones Dumian E.U.	530.880	227.520
14	Suroccidente	Valle del Cauca	Palmira	Clínica Palmira S.A.	5.308.800	2.275.200
15	Suroccidente	Valle del Cauca	Buga	Fundación Hospital San José	7.963.200	3.412.800
16	Suroccidente	Valle del Cauca	Tulua	Clínica San Francisco S.A.	7.963.200	3.412.800
17	Suroccidente	Valle del Cauca	Tulua	Hospital Tomas Uribe Uribe	1.327.200	568.800
					247.403.352	106.030.008

¹³⁶ Página.3, Contrato; p.25 de los anexos de la demanda.

¹³⁷ Ibidem.

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ Página 35, Aclaraciones al Dictamen Pericial (No.2)

¹⁴⁰ Página 84, Anexos de la demanda.

La página 2 del mismo anexo expone los porcentajes y parámetros que corresponden a cada valor, señalando que el **valor fijo** corresponde al “70% del valor promedio mensual facturado por IPS en el contrato de 2009-2010”, celebrado entre las mismas partes, mientras que el **valor variable** equivale al “30% del valor promedio mensual facturado por IPS en el contrato de 2009-2010”, de conformidad con tres parámetros: (i) costo de atención de las IPS, (ii) gestión de **DELTA** y (iii) identificación de facturas o rubros que podían ser recobrados.

Cada parámetro se encuentra compuesto, a su vez, por los siguientes indicadores:

1. *Costo de atención de las IPS*: 12%
 1. Promedio estancia: 8%
 2. Costo medio evento: 4%
2. *Gestión de Delta A Salud*: 8%
 1. Eventos adversos
 1. Detección: 0,5%
 2. Costeo: 0,5%
 2. Techos:
 1. Seguimiento: 2%
 2. Control: 1%
 3. Fugas procesos Nueva EPS:
 1. Informe de fugas: 2%
 2. Modelos de riesgo:
 1. Informe desviaciones: 2%
3. *Recobros*: 10%
 1. Comités técnico-científicos: Identificación y valor No POS: 5%:
 2. Soportes (justificación, epicrisis, etc.): 5%

Como resultado de la validación de los datos y de la fuente original del archivo por parte de **INTEGRA**, quedó establecido que el autor del “*Anexo 6 Pago fijo y Variable. promedios por IPS.xls*” fue Martha Teresa Lucia Grosso Sandoval, quien de acuerdo con la información suministrada al perito, era la Gerente Técnica de **NUEVA EPS** y quien estuvo asignada como supervisora del contrato 134-10. El Tribunal observa, por lo demás, que la fecha de creación del archivo fue el 22/07/2010, es decir, en la etapa preliminar del Contrato 134-10¹⁴¹.

¹⁴¹ Página 38, aclaraciones al dictamen

El Tribunal constata así que, contrario a lo mencionado en el curso de la diligencia de exhibición de documentos, en la cual se aportó una certificación del Vicepresidente de Salud de NUEVA EPS en el sentido de que *"no se encontraron registros o información que soportaron en su momento la definición metodológica para la definición del cálculo previo al trámite y suscripción del contrato No.034 de 2010 (sic), esta información sí reposaba en los archivos de **NUEVA EPS** y se había originado en esa entidad.*

A su turno, para la estructuración de las tarifas del contrato 134-10 contenidas en el anexo 6, las cifras del promedio de facturación fueron tomadas de la *"Base del Monto Total (variable + fijo)"* del Modelo de Auditoría 2010 de la Vicepresidencia de Salud de Nueva EPS¹⁴². Allí constaba una lista de IPS con el promedio mensual estimado de pacientes por cada una de ellas.

Al perito **ÍNTEGRA** el Tribunal de oficio le solicitó¹⁴³ que:

"Determine las tarifas que sirvieron de base para la estructuración del contrato, según los antecedentes de agosto de 2008 a agosto de 2010"

En su respuesta el perito expresa que en el Anexo 6 del contrato

*"se encuentran las IPS contratadas inicialmente junto con el número de facturas y pacientes y los cálculos para el cobro del valor variable, sin embargo, no existe ningún cálculo para el valor fijo"*¹⁴⁴

En el escrito con el cual **NUEVA EPS** endilga errores e imprecisiones al dictamen pericial de **ÍNTEGRA**, aquella advierte que el anexo 6 no contiene, como se afirma, el número de facturas y pacientes. En efecto, ese dato no está mencionado en el citado anexo, sino que corresponde a los datos indicados en el documento *"Base del Monto Total (variable + fijo)"* del Modelo de Auditoría 2010 de la Vicepresidencia de Salud de **NUEVA EPS**¹⁴⁵, es decir, están señalados como base para el cálculo de los valores fijo y variable del Contrato 134-10 que constan en el Anexo 6.

El Tribunal observa que, en efecto, los estimativos de **NUEVA EPS** que sirvieron de base para la estructuración de las tarifas del Contrato 134-10 son los expresados en aquel documento, el cual contiene el promedio estimado de pacientes con egreso, el

¹⁴² Página 246, Anexos de la demanda (Prueba 33), folio 141, Cuaderno de Pruebas N° 1

¹⁴³ Pregunta 1 del cuestionario formulado por el Tribunal, dictamen decretado de oficio

¹⁴⁴ Página 21 dictamen pericial

¹⁴⁵ Folio 141, Cuaderno de Pruebas N° 1, prueba 33

techo presupuestal estimado, los egresos estimados, el estimado de estancia y el promedio estimado de facturas por mes de cada IPS¹⁴⁶.

De esta manera, para el Tribunal queda acreditado que para determinar el precio del Contrato 134-10, **NUEVA EPS** hizo las estimaciones basadas en su información respecto del comportamiento histórico en los meses anteriores del 2010, del número de pacientes que en promedio por mes se esperaba que serían atendidos por **DELTA** en cada una de las IPS asignadas.

Así quedó igualmente corroborado en el escrito de aclaraciones del dictamen pericial de **ÍNTEGRA**:

*"El contrato 134-10 no menciona o establece como factor de medición el número de pacientes, sin embargo, en el modelo de estructuración de la tarifa se observa la variable número de pacientes o número de facturas como parte de la información asociada a la facturación promedio y al cálculo del costo medio de evento, estableciendo una relación directa de variación de la tarifa promedio con la variación de la población a atender de cada IPS, dado que el volumen de actividades a realizar para cumplir con los condicionamientos de las auditorías varía de manera proporcional"*¹⁴⁷

Objeta también la convocada la afirmación del dictamen pericial de **ÍNTEGRA** en el sentido de que en el contrato anterior celebrado entre las mismas partes, las auditorías se remuneraban por actividades.

Según el dictamen de **ÍNTEGRA**, en el contrato suscrito entre el 2009 y 2010 el valor era

*"(...) determinable con base en las tarifas definidas **para cada tipo de actividad** conforme se define en el **ANEXO No. Cuatro – TARIFAS** que hace parte integral del presente contrato. Como se puede observar en el contrato 2009 y 2010 el valor del contrato estaba pactado por actividades distribuidas en IPS."*¹⁴⁸

Y se ratifica así en las aclaraciones al dictamen pericial ante la solicitud de **DELTA** "Si el mecanismo de pago y reconocimiento estipulado en el contrato de 2009 que mencionan en su respuesta fue pactado con la modalidad de pago por evento de auditoría" la respuesta de **ÍNTEGRA** fue en los siguientes términos:

"Conforme a lo estipulado en la cláusula sexta. Valor del contrato, anticipo y forma de pago. Honorarios y forma de pago, del contrato de 2009 suscrito entre Nueva EPS y DELTA el 27 de agosto del año 2009, en la cual se dice:

¹⁴⁶ Prueba 33

¹⁴⁷ Página 40. Aclaraciones al dictamen, folio 202, Cuaderno de Pruebas N° 2

¹⁴⁸ Página 21 del dictamen, folio 22, Cuaderno de Pruebas N° 2

*"Valor: El valor del presente contrato es indeterminado pero determinable con base en las tarifas definidas para cada tipo de actividad conforme se define en el ANEXO No. Cuadro – TARIFAS que hace parte íntegra del presente contrato. Las tarifas pactadas no tienen incluido el IVA."*¹⁴⁹

Concluye el perito, refiriéndose a la modalidad de pago del contrato de 2009 que "En ese orden de ideas, se entiende que la modalidad de pago sí fue por eventos de auditoría".

Dice la convocada que esta afirmación es falsa "dado que el contrato 2009-2010 fijaba como remuneración la facturación auditada, acordándose reconocer un porcentaje del 1,896% y 1,659% de acuerdo con una metodología contenida en el anexo 4. Esta forma de remuneración, es diferente de que dentro de las obligaciones de Delta (Cláusula primera) se fijaron cinco condiciones para "evaluar integralmente la atención brindada por la IPS"

El Tribunal no encuentra desvirtuado el concepto del dictamen pericial con el aserto de la convocada, pues, ciertamente, la remuneración del contrato 2009-2010 estaba en función de las actividades realizadas, según estaba previsto en el Anexo 4 de ese contrato. Lo que sí llama la atención del Tribunal es el contraste entre la información que ahora presenta **NUEVA EPS**, en términos por demás tan precisos, con lo que aseveró y certificó en el curso de la diligencia de inspección judicial con exhibición de documentos¹⁵⁰ cuando manifestó que carecía de registros y de información sobre el particular¹⁵¹.

Esto bien podría haber llevado al Tribunal a deducir indicio en su contra, en los términos del artículo 280 del CGP¹⁵². Sin embargo, ello no resulta necesario en la medida en que los soportes del dictamen y el restante acervo probatorio, en sí mismo, permiten cabalmente la valoración y las conclusiones del Tribunal.

En efecto, en los documentos de **NUEVA EPS** examinados por el perito **ÍNTEGRA** aparece

"información del total facturado por mes desde agosto de 2009 a mayo 2010 por IPS, e indicando como resultado el promedio de dicha facturación, resultado

¹⁴⁹ Página 11. Aclaraciones al dictamen, folio 231, Cuaderno de Pruebas N° 2

¹⁵⁰ Acta N° 12, folios 441 a 449, Cuaderno Principal N° 1

¹⁵¹ Certificación suscrita por el Vicepresidente de Salud de **NUEVA EPS** de 31 de mayo de 2019, folio 451, Cuaderno Principal N° 1

¹⁵² Artículo 280. Contenido de la Sentencia. "La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas. El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella. (Subraya el Tribunal). (...)"

que dividen en el 30% y el 70%. Lo cual es consistente con lo manifestado en el anexo 6. Valor fijo / Valor variable del contrato 134-10.”¹⁵³

De igual manera, respecto de una pregunta que quedó pendiente de responder en el interrogatorio de parte formulado a la representante legal de **NUEVA EPS**, el 8 de abril de 2019 se aportó certificación, respecto del contrato anterior, donde ésta respondió¹⁵⁴:

"(...) precisamos que en el contrato No.800214959 de 2008 vigente del 01 de agosto de 2008 al 31 de julio de 2009, las partes pactaron lo siguiente respecto al objeto y valor:

(...)

SÉPTIMA – VALOR DEL CONTRATO. Actualmente aplica para la realización de auditoría concurrente y auditoría retrospectiva convencional, de acuerdo a las definiciones contenidas en el manual de auditoría de outsourcign (sic), anexo a este contrato.

El valor total del contrato se establece de la siguiente manera:

- 1. Eventos auditados en concurrencia y retrospectiva el valor será del 1.5% del valor bruto sellado (evento cerrado).*
- 2. Eventos auditados en retrospectiva únicamente el valor (sic) pagar por EL CONTRATANTE será del 0,8% sobre el valor bruto auditado retrospectivamente y sellado (evento cerrado), en el respectivo período.*
- 3. Eventos auditados únicamente en concurrencia, 0.7% del valor bruto de la factura producto de la atención del evento auditado en concurrencia y que se encuentra relacionada en el acta de muestreo cerrada en ese período.*
- 4. Auditoría de segundo orden se pagará sobre el 0.4% del valor de la cápita en los municipios donde se aplica dicha auditoría.*
- 5. (...)"*

En cuanto a la estructuración de las tarifas del Contrato 134-10 en las aclaraciones al dictamen pericial se señala que *"en el modelo de estructuración de la tarifa se observa la variable número de pacientes o números de facturas como parte de la información asociada a la facturación promedio y el cálculo de costo medio evento ..."*¹⁵⁵, afirmación que es reiterada en varios apartes del dictamen y de las aclaraciones y complementaciones al mismo.

Frente a este concepto la convocada aduce una aparente contradicción en el dictamen cuando en él se afirma, al propio tiempo, que el valor fijo y variable del Contrato 134-10 era *"ajeno al número de pacientes, visitas esperadas, visitas ejecutadas, pacientes censados, egresos y los demás ítems"*¹⁵⁶

¹⁵³ Pag 15 de aclaraciones del dictamen

¹⁵⁴ Folios 330 a 332, Cuaderno de Pruebas N° 1

¹⁵⁵ Respuesta a la pregunta 1.9 de las aclaraciones, página 40. Folios 231 y 232, Cuaderno de Pruebas N° 2

¹⁵⁶ Respuesta a la pregunta 1.6 de las aclaraciones, página 40. Folio 231, Cuaderno de Pruebas N° 2

Al apreciar de manera contextualizada el dictamen, el Tribunal no encuentra la contradicción ni el error endilgados pues, ciertamente, el valor del contrato no estaba expresado por número de pacientes ni reflejaba de modo directo ese factor, pero lo que seguidamente advierte el peritaje es que, en todo caso, esa era una variable inherente al modelo de estructuración de las tarifas:

*"(...) el anexo 6 del contrato 134-10 hacía referencia al promedio de facturación del contrato 2009, sin mencionar pacientes o su promedio de manera explícita; sin embargo implícitamente al tomar la facturación promedio histórica de una IPS, y al ser en el contrato 2009, la modalidad de pago por evento o actividad, la facturación promedio obtenida basada en el contrato de 2009, debe responder a la realización de las actividades necesarias para cumplir con las auditorías de la población promedio de dicha IPS. Por lo tanto, si la población promedio de la IPS varía (sic), así mismo varían las condiciones de facturación modificando su valor promedio."*¹⁵⁷

Y en otro aparte de las aclaraciones del dictamen pericial, **ÍNTEGRA** expresa:

*"Teniendo en cuenta que en el contrato 134-10, el valor fijo y variable surgió del promedio de facturación del contrato 2009 en el cual se facturaba por evento, es decir, por el tipo y número de auditorías realizadas, se induce que a mayor número de pacientes, mayor número de auditorías y por ende mayor facturación, por lo cual, si (sic) cambia el promedio de tarifas por mes en función de una variación en el número de pacientes."*¹⁵⁸

Una conclusión contundente en el dictamen técnico de **ÍNTEGRA** es que

*"(7) (...) el modelo de contratación llevado a cabo es sensible a una única variable y es el tamaño de la población. Y como evidencia de ello, el contrato 134-10 lo prevee (sic) cuando en su Cláusula sexta Honorarios y forma de pago, incluye el parágrafo segundo, el cual dice: "Las partes realizarán una revisión técnica a los seis (6) meses de ejecución del Contrato, para evaluar el comportamiento del costo variable del mismo y los montos fijos"*¹⁵⁹

Esta afirmación se repite en las respuestas que el perito dio al cuestionario de **NUEVA EPS** relativas a si la tarifa promedio cambiaría en función de los criterios asociados a la mayor cantidad de pacientes, a la dispersión de red o al nivel hospitalario, frente a lo cual **ÍNTEGRA** precisa que si bien un cambio en esos factores podrían influir y variar la tarifa promedio mensual, en el contrato no hay un valor explícito asociado a ello "dejando la medición de su impacto incluido en la variable del tamaño de la población (...) al ser esta la única variable sensible a la tarifa promedio acordada por IPS"¹⁶⁰. En otras palabras, el impacto de la variación de la red de prestadores o el mayor o menor nivel hospitalario queda medido en la variación del número de pacientes, según explica el perito.

¹⁵⁷ Respuesta a la pregunta 1.10 de las aclaraciones, página 41. Folio 232, Cuaderno de Pruebas N° 2

¹⁵⁸ Respuesta a la pregunta 1.11 de las aclaraciones, página 41. Folio 232, Cuaderno de Pruebas N° 2

¹⁵⁹ Respuesta a la pregunta 5.4 de las aclaraciones, página 77. Folios 268 y 269, Cuaderno de Pruebas N° 2

¹⁶⁰ Respuesta a la pregunta 1.12 de las aclaraciones, página 42. Folio 233, Cuaderno de Pruebas N° 2

De igual manera, ante la pregunta si podía cambiar la tarifa promedio por mes si **DELTA** hubiera efectuado el 100% de visitas a la totalidad de los pacientes, el dictamen pericial de **ÍNTEGRA** precisa que, de un lado, la facturación promedio mensual del contrato del 2009 que sirvió de base para las tarifas del Contrato 134-10, no involucraba ese concepto y que, de otro lado, era el tamaño de la población el que habría podido determinar una variación en la tarifa promedio mensual para cada IPS **"independientemente de la variación del volumen de visitas que DELTA tuviera que realizar"**. (Resalta el Tribunal).

Y aclara que:

"Un egreso equivale a una factura y a un paciente. Un paciente puede haber cumplido las condiciones para realizarle de una a muchas visitas, dado que esto dependería de la estancia; o por el contrario el paciente no cumple con las condiciones de visita y pudo haber pasado por la atención hospitalaria sin una visita de auditoría. Por otra parte, si al efectuar el censo diario, este debía ser validado el paciente pudo haber recibido una visita de conformación de censo."¹⁶¹

Lo anterior solo viene a corroborar que, para la fijación de las tarifas en el Contrato 134-10, se tuvo en cuenta como base el cálculo del promedio mensual facturado en el contrato anterior celebrado entre las mismas partes, con vigencia 2009-2010, como lo dice el propio contrato en el Anexo 6 y que esa facturación promedio histórica correspondía, a su vez, al pago por evento o actividad de auditoría en función del promedio de pacientes/facturas por cada IPS en dicha vigencia, según la información suministrada por la propia convocada.

Pero debe precisar el Tribunal que si bien las tarifas promedio mensual podrían haber cambiado eventualmente si cambiaban los factores intrínsecos a aquellas, eso habría sido objeto de la revisión de los costos del contrato que, como se vio, no se hizo a pesar de que las partes habían previsto hacerla según la cláusula sexta del contrato y que, en cualquier caso, no es ese el objeto del presente litigio.

Ahora bien, salta a la vista que el entendimiento de la convocante respecto del papel de las estimaciones en la estructuración de las tarifas es fundamental para dilucidar su importancia en la ejecución del contrato. En este sentido, el señor GUILLERMO ENRIQUE SÁNCHEZ TORRES declaró en audiencia del 29 de abril de 2019 lo siguiente:

"DR. LOMBANA: Entonces en ese recorrido y llegando al contrato 134-10, sírvase indicarle al Tribunal por favor ¿cómo se estructuró el precio o la remuneración de los servicios que pagaría Nueva EPS a Delta salud por estos temas que usted ya ampliamente nos ha comentado?"

¹⁶¹ Respuesta a la pregunta 7.2.1. de las aclaraciones, página 84. Folio 275, Cuaderno de Pruebas N° 2

SR. SÁNCHEZ: La base principal de referencia que se utilizó para el presupuesto de este contrato y para los términos de referencia que en su momento Nueva EPS emite, se basa en el número de actividades promedio que puedan llegar a ser objeto de auditoría en una clínica.

Además de eso, a la complejidad de la clínica, al tipo de servicio que tiene contratado esa institución, de tal suerte que hay 2 o 3 referentes recuerdo, de trabajo para hacer este tipo de presupuesto y determinar un valor por cada institución, las razones principales de determinar un valor diferente por cada institución la radican en cada ítem de distribución hospitalaria, radican en 2 o 3 ítems principales.

[...] De esa forma se establecen unas tasas para poder calcular el recurso y poder cumplir obviamente con las necesidades que el proyecto implique, eso determina un valor estimado para cada una de las instituciones, para hacer auditoria dentro de unos rangos, digamos esto no tienen números exactos pero sí tiene unos rangos de desviación en las que hace abajo, hacia arriba dentro de ciertos rangos los valores dan cobertura, por encima o por debajo de estos rangos normalmente entiende uno que se hacen reconsideraciones para poder ajustar el recurso y los esfuerzos de auditoría, esa es la estructura básica con la que se planea un contrato de esta naturaleza."

Lo anterior, es corroborado en el dictamen pericial de **ÍNTEGRA**, cuando se menciona que con base en las estimaciones presentadas por **NUEVA EPS**:

"DELTA realizaba los cálculos necesarios para estimar el número de actividades que debían realizarse para cumplir con las condiciones del Modelo de Auditoría de la EPS, y con ello, estimar el número de horas de trabajo de auditores tanto de calidad de la atención (médicos y enfermeras) como de personal asistencial (analistas y auxiliares)"¹⁶²

Se reitera, sin embargo, que no es objeto del presente litigio hacer la revisión de la estructura de costos del contrato ni determinar eventuales ajustes a los mismos como tampoco a los del presupuesto de costos del contratista. Lo que se pretende específicamente es el pago de una mayor cantidad de servicios de auditoría que **DELTA** alega haber realizado, pero a las mismas tarifas y precio predeterminados en el contrato, por cada una de las IPS en las cuales fueron prestados los servicios de la demandante.

Ahora bien, en el curso de ejecución del contrato las tarifas no fueron revisadas y las facturas que cursaba Delta se hacían por los valores únicos (fijo y variable) del contrato y no según el número de eventos o servicios prestados efectivamente¹⁶³. Esto no significa, empero, que no pudiera determinarse si la ejecución práctica de las prestaciones a cargo de **DELTA** superaba o no el promedio estimado de auditorías frente a las que habían servido de base para las tarifas del precio del Contrato 134-10.

¹⁶² Respuesta a la pregunta 4 del dictamen, página 45 y 46. Folio 46 y 47, Cuaderno de Pruebas N° 2.

¹⁶³ Respuesta a la pregunta 42.8 de las aclaraciones, página 49. Folio 240, Cuaderno de Pruebas N° 2.

De hecho, así ocurrió, cuando **NUEVA EPS** formuló glosas a algunas de las facturas de **DELTA** porque en su opinión el número de pacientes atendido era inferior al censado¹⁶⁴.

No ocurrió, en cambio, que se hiciera una consideración equivalente cuando el número de pacientes hubiera sido mayor.

En todo caso, se encuentra probado que el número de eventos (paciente/factura) por auditar fue un elemento tomado en consideración en la estructuración de las tarifas o precio del contrato, factores en los cuales estaba implícito un número promedio estimado de pacientes.

Está probado también lo que aduce **DELTA** respecto de que era necesario que realizara una auditoría por cada paciente que era atendido por las IPS adscritas a **NUEVA EPS**, lo cual se confirma con lo señalado en el Anexo Técnico del contrato, puntos 4 y 5¹⁶⁵, según los cuales los servicios de auditoría se prestan en función del número de pacientes de cada IPS:

"4. ALCANCE.

El proceso de Auditoría Médica, se brinda en las IPS de la red de servicios de NUEVA EPS S.A. asignadas al AUDITOR, según las directrices del Modelo de Auditoría de la EPS (tres componentes) durante el período convenido y comienza desde la prestación del servicio de salud, hasta la finalización del mismo.

4. POLITICAS GENERALES DE AUDITORÍA

Auditoría de seguimiento:

Clínica:

Auditoría de concurrencia:

- *Al 100% de los pacientes en Unidades de Cuidado Intensivo (adulto, neonatal, pediátrica, cardiovascular etc)*
- *Al 100% de los pacientes en Hospitalización General, a partir del tercer día de estancia, sin embargo si el Director Zonal considera que se requiere por las características del paciente iniciarlas antes, gentilmente lo puede solicitar a su AUDITOR*

¹⁶⁴ Ver página 34 del dictamen: en una de las facturas glosadas, aunque no reclamada por DELTA en la demanda, la justificación es “ASUNTO: HOSPITAL TOMAS URIBE DE TULUA Y UCI DUMLAN DE PALMIRA; no reportados pacientes en Censos.” “Las evidencias que exhibe Nueva EPS para justificar la aplicación de la glosa, en el último manual de auditoría medica integral publicado y referido previamente. Se definen como la no existencia de pacientes en la realización del censo rutinario a realizar, y la disminución de afiliados a la EPS atendidos en dichas IPS”.

Así mismo, en el alegato de DELTA se expone: “En verdad, NUEVA EPS podía evidenciar el mayor número de pacientes con egreso que concurrían a las IPS, y en vez de revisar el contrato y sus valores para compensar al contratista, lo que hacía era de manera arbitraria descontar el menor número de pacientes a través de glosas o notas de crédito, que no cumplían el procedimiento contractual” . El anterior aserto lo refiere a dos facturas, la 533 de agosto de 2011 y la 568 de septiembre de 2011. Esta última -debe señalarlo el Tribunal- no aparece mencionada en el elenco de facturas que se lista en la pretensión sexta de la demanda.

¹⁶⁵ Folio 28 reverso y 29, Cuaderno de Pruebas N° 1

- *Al 100% de los pacientes ubicados en el servicio de Observación, a partir de las seis (6) horas con el fin de prevenir hospitalizaciones innecesarias.*
- *(...)”*

El dictamen pericial de **ÍNTEGRA** expresa, a su turno, lo siguiente:

*“(1) Una **auditoría** de facturación se debe realizar a **Una factura** que pertenece a **un paciente** que ha egresado de la IPS. // (2) (...). // (4) Adicionalmente es importante precisar que el contrato 134-10 no contrata un número de auditorías estimadas sino el servicio de realización de auditorías (de seguimiento y específica), bajo unas condiciones de cumplimiento a una población de pacientes que presentan atención hospitalaria en una IPS. // (5) En relación con lo anterior, el contrato 134-10 plantea un pago global por la realización de dichas auditorías, que surge, (...) de establecer el número de pacientes histórico por IPS y el valor promedio de la facturación correspondiente a la atención de ese número de pacientes. (...) (7) Así las cosas, **el modelo de contratación llevado a cabo es sensible a una única variable y es el tamaño de la población.**”¹⁶⁶ (Destaca el Tribunal).*

De acuerdo con el anterior razonamiento, concluye el Tribunal que si bien el contrato no establece un pago por auditoría sino por IPS, el número de pacientes/facturas fue un factor definitivo para la estructuración de la tarifa de cada prestador, pues fue el empleado para el cálculo del porcentaje del valor fijo y variable.

Se debe precisar que las tarifas del Anexo 6 corresponden a las 17 IPS iniciales allí relacionadas; sin embargo, según quedó probado, *“a partir de julio de 2011 le fueron asignadas a Delta 11 IPS adicionales, en diferentes fechas de entrada”¹⁶⁷*, de tal forma que durante el periodo de ejecución del contrato se atendieron 28 IPS en total.

Para las IPS que fueron adicionadas al listado inicial¹⁶⁸ durante la ejecución del contrato, la metodología aplicada para incluir nuevas IPS según se menciona en el Anexo 4, consistía en lo siguiente:

“En caso de que se presente cambio de IPS este será concertado con EL AUDITOR de manera que se pueda efectuar su costeo de acuerdo con:

- *Concentración de pacientes*
- *Modelo de auditoria a aplicar*
- *Dispersión de red*
- *Requerimiento de recurso humano y costo de este*
- *Dificultades en auditoria retrospectiva*
- *Dificultades en auditoria concurrente”¹⁶⁹*

¹⁶⁶ Respuesta a la pregunta 5.4 de las aclaraciones, página 77. Folio 268, Cuaderno de Pruebas N° 2.

¹⁶⁷ Página 46, Dictamen Pericial. Folio 47, Cuaderno de Pruebas N° 2.

¹⁶⁸ Como parte de los soportes de las IPS adicionadas con posterioridad al contrato, **NUEVA EPS** remitió para el Dictamen Pericial el archivo denominado Valorización IPS equipos 2010 – 2011. Pdf, en el cual se encuentra el ejercicio de que trata el anexo 4 del contrato [ver p.15 de las Aclaraciones al Dictamen Pericial]

¹⁶⁹ Página. 11, Anexo Técnico 4; Folio 32, Cuaderno de Pruebas N° 1.

Según el dictamen pericial de **ÍNTEGRA**, las actividades que usualmente se llevaban a cabo para la definición de tarifas en las nuevas IPS eran las siguientes:

"a. Nueva EPS remitía a DELTA la información de mínimo el último trimestre de la IPS de los siguientes datos:

- *Número de egresos mensuales.*
- *Número de facturas mensuales reportadas.*
- *Valor total de las facturas de los egresos mensuales.*
- *Promedio mensual de cantidad de facturas.*
- *Promedio mensual de valor de facturación.*

b. Con las cifras anteriores, la Vicepresidencia de Salud de la Nueva EPS establecía los techos del estado de cuenta de la IPS, determinando el promedio de egresos por mes y el techo mensual de facturación aprobado.

c. Con estos datos, DELTA realizaba los cálculos necesarios para estimar el número de actividades que debían realizarse para cumplir con las condiciones del Modelo de Auditoría de la EPS, y con ello, estimar el número de horas de trabajo de auditores tanto de calidad de la atención (médicos y enfermeras) como de personal asistencial (analistas y auxiliares).

d. DELTA determinaba así, el presupuesto en términos de número de egresos mensuales para la IPS nueva.

*e. Mediante reunión entre DELTA y Nueva EPS se acordaba la inclusión de la IPS presentando DELTA su aceptación."*¹⁷⁰

A esto se refirió **NUEVA EPS** cuando el perito **ÍNTEGRA** le solicitó información relativa al *"procedimiento utilizado para la definición de tarifas de los servicios objeto del contrato 134-10 cuando se adicionaba una IPS durante el momento de ejecución del contrato"* ¹⁷¹

Como soporte documental entre los anexos del dictamen se encuentran *"Listados de IPS asignadas al inicio del contrato y listado de IPS adicionados posteriormente"*. ¹⁷²

A las 28 IPS *"les fue definido un valor único como tarifa mensual por el servicio de auditoría a cada IPS"*¹⁷³ y en el contrato no estaba especificado el número de auditorías por realizar en cada prestador, pues solo había sido estimado un número de ellas en el modelo de estructuración de las tarifas, por lo cual el número real de auditorías resultaba imprevisible en tanto dependía del número de pacientes con atención hospitalaria.

¹⁷⁰ Páginas 45 y 46, Dictamen Pericial. Folio 46 y 47, Cuaderno de Pruebas N° 2

¹⁷¹ Comunicación VS-GPS-00122-19 de 4 de julio de 2019

¹⁷² Carpeta: Pregunta 3 – listado IPS

¹⁷³ Respuesta a la pregunta 3.2 de las aclaraciones, página 61. Folio 252, Cuaderno de Pruebas N° 2.

No obstante, se observa que respecto de la Auditoría de Facturación, esta debía hacerse por la totalidad de las facturas que expidieran las IPS¹⁷⁴, esto es, que debía realizarse al 100% de los pacientes con atención hospitalaria lo que, a su vez, corresponde al total de la facturación¹⁷⁵.

Concluye así el perito **ÍNTEGRA** que el número **mínimo** de auditorías que debía realizar **DELTA** correspondía al 100% de las facturas/paciente.

ii) Sobre las auditorías adicionales:

Con base en lo explicado en el acápite anterior, y según los hallazgos reflejados en el dictamen pericial¹⁷⁶, se encuentra probado que las auditorías proyectadas para la totalidad del periodo contractual corresponden a 115.147, de acuerdo con las cifras contenidas en Modelo de Auditoría 2010 de la **NUEVA EPS** y los cálculos de las IPS adicionadas con posterioridad a la celebración del contrato. A continuación, se muestran las cifras discriminadas por IPS y número de meses activa:

No.	IPS	Meses Activa	Auditorías Proyectadas
1	Clínica Carlos Lleras Restrepo	25	5.575
2	Clínica Partenón Ltda.	13	559
3	Fundación Hospital San Carlos	25	1.050
4	Fundación Salud de los Andes	13	247
5	Fundación Santa Fe de Bogotá	5	70
6	Hospital Universitario Barrios Unidos	25	55.575
7	Hospital Universitario Mayor	25	
8	Hospital Universitario Clínica San Rafael	25	12.575
9	Videl Médica	4	128
10	Caprecom Nuevo Hospital San Rafael	22	924
11	Hospital Cardiovascular del Niño de Cundinamarca	16	2.176
12	Médicos Asociados Clínica San Sebastián	22	4.180
13	Clínica Palmira S.A	25	5.500

¹⁷⁴ Numeral 2.4 de la cláusula Segunda del Contrato 14-10. Folio 2, Cuaderno de Pruebas N° 1.
¹⁷⁵ Respuesta a la pregunta 3.3 de las aclaraciones, página 62. Folio 253, Cuaderno de Pruebas N° 2.
¹⁷⁶ Páginas 55-62, Dictamen Pericial.

14	Clínica San Francisco S.A	25	4.950
15	Fundación Hospital San José	25	5.750
16	Hospital Tomas Uribe	4	60
17	Inversiones Dumian de Palmira	4	40
18	Fundación Clínica Esensa	15	3.750
19	Hospital SES de Caldas	14	5.180
20	Clínica Santiago de Cali	21	1.365
21	Sociedad de Cirugía de Bogotá - Hospital San José	11	1.485
22	Instituto Cardioneurovascular CORBIC	1	-
23	Especialidades Metropolitanas EMSA	9	630
24	Clínica de los Remedios	2	-
25	Clínica Vascular Santa María	6	402
26	Médicos Asociados Clínica Sagrado Corazón	6	498
27	Universidad Pontificia Bolivariana	6	1.644
28	Promotora Médica Las Américas	6	834
TOTAL			115.147

En contraste, según la facturación de la convocante y las bases de datos GAMES, se encuentra que las auditorías realizadas por **DELTA** corresponden a 152.240, mientras que las auditorías pagadas fueron 117.349, arrojando una diferencia de 34.891. Las cifras anteriores se discriminan en la siguiente tabla:

No.	IPS	Auditorías Realizadas	Auditorías Pagadas	Diferencia
1	Clínica Carlos Lleras Restrepo	5.894	6.812	-918
2	Clínica Partenón Ltda.	1.001	545	456
3	Fundación Hospital San Carlos	4.001	737	3264
4	Fundación Salud de los Andes	1.696	238	1458
5	Fundación Santa Fe de Bogotá	123	56	67
6	Hospital Universitario Barrios Unidos	66.508	56.175	10.332
7	Hospital Universitario Mayor			

8	Hospital Universitario Clínica San Rafael	17.574	12.952	4.622
9	Videl Médica	73	128	-55
10	Caprecom Nuevo Hospital San Rafael	1.196	975	221
11	Hospital Cardiovascular del Niño de Cundinamarca	1.658	2.176	-518
12	Médicos Asociados Clínica San Sebastián	5.314	4.410	904
13	Clínica Palmira S.A	10.299	5.675	4.623
14	Clínica San Francisco S.A	10.660	5.073	5.586
15	Fundación Hospital San José	5.174	5.987	-813
16	Hospital Tomas Uribe	193	60	113
17	Inversiones Dumian de Palmira	4	40	-36
18	Fundación Clínica Esensa	5.203	3.676	1.527
19	Hospital SES de Caldas	7.533	5.021	2.512
20	Clínica Santiago de Cali	1.715	1.359	356
21	Sociedad de Cirugía de Bogotá - Hospital San José	1.426	1.362	64
22	Instituto Cardioneurovascular CORBIC	3	-	3
23	Especialidades Metropolitanas EMSA	842	630	212
24	Clínica de los Remedios	219	-	219
25	Clínica Vascular Santa María	241	402	-162
26	Médicos Asociados Clínica Sagrado Corazón	706	498	207
27	Universidad Pontificia Bolivariana	1.874	1.644	230
28	Promotora Médica Las Américas	1.115	718	397
TOTAL		152.240	117.349	34.891

El Tribunal destaca que **NUEVA EPS** tenía la información de la cantidad de servicios de auditoría que prestaba **DELTA**, mes a mes. Esto es corroborado por la señora Edna Carolina Rodríguez Bolívar, directora hospitalaria de **NUEVA EPS**, en audiencia de 2 de mayo de 2019¹⁷⁷, al mencionar lo siguiente:

¹⁷⁷ Páginas 83 y 106, transcripción, Cuaderno de Pruebas N° 3

"DRA. MEJÍA: Precíseme por favor antes de que continúe, ustedes recibían la información de los servicios de auditoría que en el mes inmediatamente anterior había prestado Delta A Salud?"

SRA. RODRÍGUEZ: Así es".

(...)

"DRA. MEJÍA: Si se hubieran prestado, si se hubiera hecho la auditoría a un número mayor de pacientes al que se había estimado en un momento dado eso sería un mayor número de auditorías prestadas?"

SRA. RODRÍGUEZ: Si hay un aumento en la cantidad de pacientes, pues es la misma actividad a más pacientes, no es una actividad adicional, si usted estableció un promedio en el que se debía mover siempre yo no puedo decir como prestador de este tipo de servicios usted me dijo solamente que le auditará 300 pacientes promedio diarios, el paciente 301 no se lo voy a ver, no porque es que hace parte de las actividades contenidas dentro de los términos, es un promedio, no fue un valor fijo, digamos que estadísticamente es el promedio se puede mover el promedio para cualquier lado."

Ahora bien, se encuentra que según lo manifestado por ambas partes, la convocante estaba en la obligación de cumplir el objeto del contrato en la totalidad de eventos de auditoría que se le presentaran, cualquiera que fuera su número, aún si estos sobrepasaban el promedio estimado para el cálculo de las tarifas. Así es corroborado por la directora hospitalaria de **NUEVA EPS**, señora Edna Carolina Rodríguez Bolívar, en audiencia de 02 de mayo de 2019, afirmando lo siguiente:

"DRA. MEJÍA: ¿Si se hubieran prestado, si se hubiera hecho la auditoría a un número mayor de pacientes al que se había estimado en un momento dado eso sería un mayor número de auditorías prestadas?"

SRA. RODRÍGUEZ: [...] si usted estableció un promedio en el que se debía mover siempre yo no puedo decir como prestador de este tipo de servicios usted me dijo solamente que le auditará 300 pacientes promedio diarios, el paciente 301 no se lo voy a ver, no porque es que hace parte de las actividades contenidas dentro de los términos, es un promedio, no fue un valor fijo, digamos que estadísticamente es el promedio se puede mover el promedio para cualquier lado."

De igual forma, esta posición es reafirmada por el vicepresidente de operaciones de **DELTA**, el señor Guillermo Enrique Sánchez Torres, en audiencia de 29 de abril de 2019:

"DR. LOMBANA: En un momento específico de la ejecución del contrato en una clínica que tenía estimado 250 pacientes, llegaban 800, ¿llegaban 600 ustedes igual estaban en la obligación de prestar el servicio?"

SR. SÁNCHEZ: Sí, si no lo prestábamos de manera completa, había digamos la impugnación, no sé si la palabra, no me gusta utilizar términos que son más de ustedes que míos, pero si no es pues les pido que me ayuden a obtener el término o que me ayuden a precisar, se acogían a las determinaciones del contrato en el que decía, usted está obligado a mirar

un paciente cada 2 días y usted no lo ha mirado cada 2 días, como no lo ha mirado cada 2 días incumple un compromiso de calidad y le voy a glosar la factura, le voy a pagar menos.

Cuáles eran las circunstancias en la que nos veíamos, presupuestaba recurso para hacer 100 con 2 auditorías en cada paciente, es decir 200 auditorías, me llegaban 300, tenía que hacer 600 auditorías en estos 300 pacientes, si hacía 550 estaba incumpliendo respecto de las 600 en el 10%, entonces me glosaban el 10% porque estaba incumpliendo en el 10% de la realidad de los 600 que estaba obligado a verlos, pero resulta que mi compromiso era ver 100 con 200 auditorías, no 300 con 600.

Esto implicaba que me decían, usted no puede descuidar sus compromisos, cierto y yo voy a revisar el contrato, pero no puede fallar, si usted falla le voy a aplicar una multa por incumplir con sus obligaciones, lo que pasa es que el "incumplimiento" era del exceso, de que no era mi compromiso real pero la medición era del 100% de lo real no sobre lo presupuestado."

Pero no quiere decir lo anterior que **DELTA** tuviera que ejecutar sin contraprestación alguna los servicios de auditoría, aun por encima del promedio mensual que había sido tenido como base del precio de las auditorías, e incluso la "ejecución de actividades adicionales no incluidas en el contrato o sus anexos"¹⁷⁸. Sería un agravio a la conmutatividad del contrato, más aún cuando en ninguna cláusula del contrato quedó previsto que tal riesgo aceptaba asumirlo el contratista.

De otro lado, aduce la convocada que "Obra entonces en contra de sus propios actos, que Delta afirme que unos servicios no fueron remunerados, cuando en vigencia del contrato aceptó que eran parte de su objeto, prorrogando su plazo de ejecución y acordando valores adicionales para remunerar los servicios a ejecutar en esos periodos adicionales".

Para el análisis de la excepción que alega la mala fe por parte de la convocante al suscribir prórrogas sin hacer salvedad de inconformidades, se encuentra la siguiente declaración del señor Álvaro Enrique Teófilo De Jesús Bustos Mejía, en audiencia del 2 de mayo de 2019:

"DR. LOMBANA: ¿Por qué aceptaban ustedes prórrogas cada cierto tiempo si básicamente se presentaba esta situación que usted ya ha anotado y no había un ajuste, una corrección?

DR. BUSTOS: [...] Porque usualmente Nueva EPS nos debía mucho dinero y romper la relación abruptamente en un momento determinado por la circunstancia de esto que se estaba presentando podía significar que

¹⁷⁸ Según **NUEVA EPS** "solo fue hasta el 23 de abril del año 2012, que el contratista entendió que en el marco de lo que denominó "optimización de la relación contractual", como hipótesis, podría incurrirse en la ejecución de actividades adicionales no incluidas en el contrato o sus anexos, que en su criterio deberían ser formalizadas en contratos adicionales. [...] La realidad contractual fue que Delta aceptó que el riesgo de los costos de ejecución del contrato le correspondía, y así dispuso su actuar, ejecutando y facturando los servicios correspondientes. Para acreditar esto basta con revisar las facturas emitidas, en las que el servicio que se especificó fue la auditoría de calidad de la atención en salud de acuerdo con las estipulaciones del contrato". Contestación de la Demanda, Folio 288, Cuaderno Principal N° 1

entonces el pago se demorara más tiempo sin que hubiera mala fe, pero el razonamiento es elemental si yo lo necesito y no le pagó qué probabilidad haya de que le pague si no lo necesito.”

Lo anterior se encuentra corroborado con las 58 facturas pagadas tardíamente¹⁷⁹ como se expondrá en acápites ulteriores, por lo cual se evidencia la existencia de motivos razonables para proceder a la suscripción de las prórrogas sin dejar de lado las reclamaciones por las inconformidades en la ejecución.

iii) Sobre el valor de las auditorías adicionales:

Precisa el Tribunal, en primer lugar, que en cuanto a la forma de pago del precio del contrato, el dictamen pericial refiere que el pago era global por IPS y así mismo la facturación de **DELTA**, no por auditoría realizada:

“examinada la facturación emitida por Delta a Nueva EPS asociada al contrato 134-10, se observa que la misma se realiza en forma global y no por auditoría realizada, por lo tanto, no es posible responder en términos del número de auditorías”¹⁸⁰.

Se refieren estos enunciados a la forma de pago acordada en el contrato y consecuentemente a la facturación que presentaba **DELTA** a **NUEVA EPS**, por el valor previamente estimado (valor fijo + variable) y no por número de auditorías. Pero esto no contradice, por tratarse de conceptos distintos, que en el precio del Contrato 134-10 el número promedio de auditorías haya sido elemento base para estimarlo¹⁸¹, de manera tal que el número de auditorías realizadas efectivamente pudiera resultar diferente del promedio que había quedado estimado en la fijación del precio. (subraya el Tribunal)

Con respecto a la manera de determinar el valor de las auditorías adicionales, menciona el dictamen pericial lo siguiente en lo referente al cálculo de las auditorías proyectadas:

“Las auditorías proyectadas es un concepto que si bien no se encuentra explícito en ningún documento que fue aportado por las partes, bajo nuestro criterio y las condiciones del Modelo de Auditoría 2010 [...], podemos realizar un ejercicio matemático en el cual se determine el concepto de auditorías proyectadas considerando el número de pacientes, que a su vez es lo mismo que el número estimado de facturas por mes, y lo mismo que el número de egresos esperado por mes, de acuerdo a las

¹⁷⁹ Sobre el número de facturas pagadas tardíamente el Tribunal se pronunciará más adelante

¹⁸⁰ Respuesta a la pregunta 2.8 de las aclaraciones, página 49. Folio 240, Cuaderno de Pruebas N° 2

¹⁸¹ Prueba 33 de la demanda, folio 141 Cuaderno de Pruebas N° 1

cifras base suministradas por Nueva EPS en el documento denominado Modelo de Auditorías 2010”¹⁸²

Así pues, para el cálculo de las auditorías estimadas se tomó en consideración las cifras base contenidas en el Modelo de Auditoría 2010 de la **NUEVA EPS**¹⁸³, el cual contenía un histórico de pacientes y facturación. De esta manera, se tomó como fundamento el promedio mensual de pacientes por IPS mencionado en dicho documento, el cual corresponde a 4.140 pacientes¹⁸⁴. Conforme a ello, se consideró el número de pacientes estimado y se multiplicó por el número de meses en que la IPS estuvo activa, para obtener el total de auditorías por toda la ejecución del contrato¹⁸⁵.

Destaca el Tribunal que el documento en el cual consta el promedio estimado de pacientes y facturación fue aportado por **DELTA**¹⁸⁶ pero proviene de **NUEVA EPS**. No podía ser de otra manera puesto que no era posible para **DELTA** tener la información sobre el promedio histórico de egresos en cada IPS, cuando la remuneración del contrato anterior no se hacía por egresos sino por actividades¹⁸⁷. Esto viene a quedar reafirmado por el hecho de que de las 21 IPS asignadas a **DELTA** en el contrato de 2009, solo 9 de ellas fueron incluidas entre las 17 previstas inicialmente en el Contrato del 2010.

En las aclaraciones al dictamen pericial de **ÍNTEGRA** se pone de presente que le fue solicitada a **NUEVA EPS** la siguiente información¹⁸⁸:

“Requerimos conocer por IPS asignadas en el contrato 134-10, de manera mensual la siguiente información: Número de pacientes reales, Número de pacientes estimado, egresos, auditorías de facturación esperadas, auditorías de facturación ejecutadas, auditorías concurrentes esperadas, auditorías concurrentes ejecutadas, visitas de auditoría”

Y que **NUEVA EPS** entregó la información con la anotación que sigue:

*“Se realiza Ejercicio (sic) con base en las fuentes entregadas por Delta A salud ya notificadas censo, egresos, concurrencia, hojas de ruta y reporte entregado por tecnología de Nueva EPS sobre la facturación procesada en Sistema Integral de Salud para la vigencia del contrato con el fin de obtener los **pacientes “reales” que son los eventos hospitalarios facturados y liquidados en dicho sistema de información.** (...)” En consecuencia de lo anterior, con lo anterior (sic) y para dar respuesta al requerimiento se elaboró un ejercicio con las bases de datos de los reportes relacionados*

¹⁸² P.53, Dictamen Pericial.

¹⁸³ Folio 141, Cuaderno de Pruebas N° 1

¹⁸⁴ Ver p.247 de los anexos de la demanda, (prueba 33)

¹⁸⁵ P.55, Dictamen Pericial.

¹⁸⁶ Prueba 33 de la demanda

¹⁸⁷ Respuesta a la pregunta 3, literal c), aclaraciones al dictamen, pág. 12. Folio 203, Cuaderno de Pruebas N° 2

¹⁸⁸ Respuesta a la pregunta 7.2.3. de las aclaraciones al dictamen, pág. 85, folio 276, Cuaderno de Pruebas N° 2

con: censo, auditoría de concurrencia y auditoría retrospectiva – facturación, (Hoja de Ruta, reporte de facturación revisado por Delta A Salud para el periodo contractual en revisión) extraído del Sistema Oficial de Nueva EPS (Sistema Integral de Salud)”¹⁸⁹ (Resalta el Tribunal)

A su vez, el cálculo correspondiente al número de visitas sobre los egresos por mes salió de un ejercicio estadístico entregado por **NUEVA EPS** pero advierte el perito que corresponde a un ejercicio matemático cuyos resultados no fue posible validar con ningún documento¹⁹⁰.

Ahora bien, la forma de determinar el valor promedio de auditoría en función de los valores contenidos en el contrato es la siguiente, conforme al dictamen pericial:

“En el Modelo de Auditoria 2010, se detalla por IPS los siguientes campos:

- Columna C: indica el nombre de las IPS*
- Columna D: indica el número de facturas y pacientes*
- Columna T: indica el valor de auditoria por IPS*

De tal manera que, para obtener el valor promedio de una auditoría en cada una de las IPS asignadas a Delta por Nueva EPS, se dividió el valor total a recoger por cada IPS (Columna T), entre el número de pacientes estimado para cada una de ellas (Columna D), estableciendo de esta manera el valor promedio de auditoría para cada una de las 17 IPS asignadas de manera inicial a Delta.

Para las 11 IPS asignadas por Nueva EPS a Delta durante el transcurso de la ejecución del contrato, se tomó el valor global contratado del listado de IPS con el valor fijo y variable que Delta adjuntaba al presentar la factura de manera mensual”¹⁹¹

Conforme a lo anterior, el dictamen pericial arrojó los siguientes resultados¹⁹²

Auditorias Proyectadas		Auditorias Realizadas		Auditorias Pagadas		Diferencia	
No.	Valor	No.	Valor	No.	Valor	No.	Valor
115.147	\$9.883.187.202	152.240	\$13.486.314.665	117.349	\$9.969.334.412	34.891	\$3.516.980.253

Los valores reseñados, se encuentran discriminados de la siguiente forma¹⁹³:

¹⁸⁹ Respuesta a la pregunta 7.2.3. de las aclaraciones al dictamen, pág. 85, folio 276, Cuaderno de Pruebas N° 2
¹⁹⁰ Respuesta a la pregunta 7.2.4. de las aclaraciones al dictamen, pág. 87, folio 278, Cuaderno de Pruebas N° 2
¹⁹¹ Respuesta a la pregunta 5 del dictamen, pág. 49, folio 50, Cuaderno de Pruebas N° 2
¹⁹² Respuesta a la pregunta 6 del dictamen, págs.. 55 a 59 folios 56 a 60, Cuaderno de Pruebas N° 2
¹⁹³ Páginas 57 a 60 del dictamen, folios 58 a 60, Cuaderno de Pruebas N° 2

No.	Auditorías Proyectadas		Auditorías Realizadas		Auditorías Pagadas	
	No.	Valor	No.	Valor	No.	Valor
1	5.575	\$364.980.000	5.894	\$385.864.057	6.812	\$445.962.894
2	559	\$43.626.960	1.001	\$78.122.696	545	\$42.508.320
3	1.050	\$249.324.000	4.001	\$949.924.440	737	\$174.975.582
4	247	\$81.831.360	1.696	\$561.886.585	238	\$78.753.941
5	70	\$20.097.600	123	\$35.314.354	56	\$16.078.080
6	55.575	\$5.144.796.000	66.508	\$6.156.860.458	56.175	\$5.200.359.804
7						
8	12.575	\$1.042.326.000	17.574	\$1.456.686.849	12.952	\$1.073.583.128
9	128	\$18.125.760	73	\$10.337.348	128	\$18.125.760
10	924	\$54.225.600	1.196	\$70.158.771	975	\$57.208.008
11	2.176	\$257.856.000	1.658	\$196.473.000	2.176	\$257.856.000
12	4.180	\$255.277.440	5.314	\$324.501.597	4.410	\$269.317.702
13	5.500	\$189.600.000	10.299	\$355.017.382	5.675	\$195.647.680
14	4.950	\$284.400.000	10.660	\$612.436.727	5.073	\$291.471.520
15	5.750	\$284.400.000	5.174	\$255.910.539	5.987	\$296.141.680
16	60	\$7.584.000	193	\$24.395.200	60	\$7.584.000
17	40	\$3.033.600	4	\$303.360	40	\$3.033.600
18	3.750	\$525.000.000	5.203	\$728.420.000	3.676	\$514.616.667
19	5.180	\$212.352.000	7.533	\$308.791.784	5.021	\$205.829.760
20	1.365	\$218.988.000	1.715	\$275.138.769	1.359	\$217.979.960
21	1.485	\$145.992.000	1.426	\$140.191.644	1.362	\$133.905.280
22	-	\$0	3	\$0	-	\$0
23	630	\$144.670.410	842	\$193.238.33	630	\$144.670.410
24	-	\$0	219	\$0	-	\$0
25	402	\$95.420.448	241	\$57.086.114	402	\$95.420.458
26	498	\$75.711.000	706	\$107.257.250	498	\$75.711.010
27	1.644	\$84.542.856	1.874	\$96.344.915	1.644	\$84.542.856
28	834	\$79.026.168	1.115	\$105.652.491	718	\$68.050.312
Total	115.147	\$9.883.187.202	152.240	\$13.486.314.665	117.349	\$9.969.334.412

No.	Diferencia	
	No. de auditorias	Valor
1	-918	-\$60.098.837
2	456	\$35.614.376
3	3264	\$774.948.858
4	1458	\$483.132.644
5	67	\$19.236.274
6	10.332	\$956.500.654
7		
8	4.622	\$383.103.721
9	-55	-\$7.788.413
10	221	\$12.950.763
11	-518	-\$61.383.000
12	904	\$55.183.895
13	4.623	\$159.369.702
14	5.586	\$320.965.207
15	-813	-\$40.231.141
16	113	\$16.811.200
17	-36	-\$2.730.240
18	1.527	\$213.803.333
19	2.512	\$102.962.024
20	356	\$57.158.809
21	64	\$6.286.364
22	3	\$0
23	212	\$48.567.923
24	219	\$0
25	-162	-\$38.334.344
26	207	\$31.546.240
27	230	\$11.802.059
28	397	\$37.602.179
Total	34.891	\$3.516.980.253

De lo anterior se observa que el dictamen pericial arroja un menor número de auditorías no facturadas respecto de lo señalado en la demanda, sin embargo, arroja un mayor valor por las mismas.

En efecto, la demanda refiere una diferencia de 35.414 auditorías no cobradas a **NUEVA EPS**, por valor de \$2.819.910.593, frente a las 34.891 establecidas en el dictamen pericial por valor de \$3.516.980.253.

Para soportar las cifras aludidas en la demanda, la convocante aportó la experticia presentada por MIND CONSULTING –Fernando Borda Suárez- bajo el título: “*Del valor de los servicios prestados y no pagados por la Nueva EPS incluyendo intereses y los intereses de mora de las facturas no pagadas a tiempo, con fecha de corte febrero 28 de 2017, en desarrollo del contrato 134-10*”.

El dictamen partió de la información suministrada por **DELTA**, y estableció un total de 35.414 auditorías no cobradas a **NUEVA EPS**, como resultado de restar 140.559 auditorías realizadas, de las 105.145 estimadas y pagadas por **NUEVA EPS**.

En ese trabajo se lee:

"Para establecer el precio de cada servicio de auditoría dejado de pagar se tomó el valor asignado a cada IPS en el contrato, clínica por clínica, y se dividió en el número estimado de servicios estipulados en el contrato, para posteriormente aplicarlo, Clínica por Clínica, al número de usuarios sobre los cuales efectivamente fueron prestados los servicios de auditoría, lo que permitió hallar por cada mes el valor per capita por paciente y por cada IPS multiplicado por los servicios dejados de pagar.

*"Es conveniente precisar que cada IPS tenía un promedio diferente dependiendo del valor estimado en el contrato y del número de pacientes que estimaban iban a atender."*¹⁹⁴

Al evaluar dicha prueba, el Tribunal observa que el dictamen partió de la información suministrada al perito únicamente por **DELTA** y proveniente solamente de sus registros¹⁹⁵, sin que hubiera sido validada o confrontada con la información y registros de **NUEVA EPS**, como sí ocurre con la suministrada al perito **ÍNTEGRA**, razón por la cual es este último el que se aprecia válidamente como prueba por el Tribunal.

En el cuestionario a **ÍNTEGRA**, la convocada preguntó si “*Delta facturó un mayor número de auditorías*”, a lo cual el perito precisó que no podía responder a la pregunta así formulada porque la facturación no se hacía por número de auditorías sino global. En efecto, como ha quedado visto, el pago mensual del valor mencionado en el contrato se realizaba por IPS, de conformidad con el resultado de sumar los valores que habían sido previamente determinados como valor fijo y valor variable para cada una de ellas y de esa manera **DELTA** facturaba por el 100% de dichos valores. Pero

¹⁹⁴ Folio 254, Cuaderno de Pruebas N° 1

¹⁹⁵ Folio 252, Cuaderno de Pruebas N° 1

debe reiterarse que lo que reclama la convocante no es el pago de los **servicios facturados**, los cuales le fueron pagados en su totalidad salvo en aquellos casos que, según **DELTA**, le fueron aplicados descuentos en forma injustificada.

La pretensión de la demanda se refiere al reconocimiento y pago por la realización de un número de auditorías adicional al estimado para las tarifas del Contrato 134-10, que no fueron reclamadas ni facturadas en su oportunidad, a las tarifas establecidas para cada una de las IPS en que se ejecutaron.

Observa el Tribunal que el concepto de auditorías proyectadas proviene de la información suministrada por **NUEVA EPS** a **DELTA** en el Modelo de Auditorías 2010, para las IPS iniciales, y de la información que contenía los reportes de gestión del último trimestre de las IPS que no hacían parte del listado inicial.

En tal sentido, ha quedado demostrado que las auditorías realizadas por **DELTA** en ejecución del Contrato 134-10 sobrepasaron los promedios de auditorías proyectadas para la totalidad del periodo contractual, las cuales corresponden a 115.147.

Así, se encontró que las auditorías realizadas corresponden a 152.240, mientras que las auditorías pagadas fueron 117.349. En consecuencia, encuentra probado el Tribunal que hay 34.891 que no fueron reconocidas ni pagadas por **NUEVA EPS**.

Con respecto al valor promedio por auditoría, si bien el pago del valor del contrato se realizaba por IPS, se pudo establecer un valor unitario por auditoría proveniente de la determinación del promedio de auditorías en función del valor global de cada una de las IPS.

Se encuentra así efectivamente demostrado en el proceso que el valor correspondiente a las 34.891 auditorías no reconocidas ni pagadas equivale a \$3.516.980.253, suma por la cual se condenará a **NUEVA EPS** para el pago en favor de **DELTA**.

Sobre el monto reclamado como pago por las auditorías adicionales, **NUEVA EPS** pidió al Tribunal tener por demostrado que **DELTA** reflejó en sus soportes contables la ejecución del objeto contractual y no la prestación de los servicios adicionales reclamados con la demanda, afirmación contra la cual se opuso la convocante indicando que sí registró un derecho contingente derivado de la controversia con **NUEVA EPS**.

En efecto, observa el Tribunal que, según se estableció en el dictamen pericial de INTEGRA

"Dentro de las notas a los estados financieros de DELTA A SALUD SAS, bajo el acápite de otros hechos importantes se hace alusión al inicio de un proceso arbitral al no haber surtido efecto la etapa de conciliación con la NUEVA EPS S.A., se señala en esta nota que el monto de las pretensiones asciende a \$5.408 millones de pesos. Por su parte en la Nota de cuentas de orden de los estados financieros con corte a diciembre 31 de 2013, se menciona como derecho contingente una demanda contra la NUEVA EPS SA, dando a entender que se espera como mínimo una cuantía de \$4.200 millones de pesos"¹⁹⁶.

A su vez, revisado el documento soporte No. 2 de las aclaraciones sobre "Notas a los estados financieros sobre hechos posteriores y derechos contingentes", bajo la categoría "Derechos Contingentes", el dictamen expresa lo siguiente:

"Comprende los compromisos o contratos de los cuales se pueden derivar derechos. En tanto que la contingencia subsiste, una vez que se realiza, se convierte en valores reales. [...] 3. Demanda contra NEPS ante el Tribunal de arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, ya surtida la etapa de conciliación. Mínimo \$4.200 millones".

Contrario a lo que dice la convocada, de lo transcrito se observa que en las notas a los estados financieros de **DELTA**, con corte a diciembre 31 de 2013, se menciona como contingencia una demanda contra la **NUEVA EPS** por un valor mínimo de \$4.200 millones.

Así las cosas, el Tribunal declarará que prospera parcialmente la pretensión tercera de la demanda, por cuanto se encontró probado que **DELTA** realizó un número de 34.891 auditorías en exceso de las estimadas en el Contrato con **NUEVA EPS**, auditorías que no fueron reconocidas ni pagadas por la convocada, frente a las 35.414 reclamadas con la demanda.

A su turno, declarará la prosperidad de la pretensión cuarta consecencial de condena por la suma que ha quedado demostrada en el proceso de \$3.516.980.253 por concepto de pago por los servicios efectivamente prestados y rechazará, en consecuencia, las excepciones denominadas "incompatibilidad de las pretensiones con el objeto del contrato", "Valor probatorio de la contabilidad de Delta", "Desconocimiento de las bases en la determinación del precio del contrato", "Ausencia de pacto para la prestación de servicios adicionales", "Desconocimiento de los riesgos asociados a las prestaciones comprometidas", y "Mala Fe - Comportamiento contrario a sus propios actos".

¹⁹⁶ Respuesta a la solicitud de aclaración No. 4, aclaraciones del 19 de junio de 2019, p. 4 de 5.

Respecto de la pretensión quinta atinente al pago de los intereses moratorios asociados a la mora en el pago de los servicios adicionales, el Tribunal la rechazará por cuanto la declaración del reconocimiento de la mayor cantidad de auditorías ejecutadas y su pago consecuencial solo se efectuará con el presente laudo. Por lo anterior, no puede condenarse al pago de intereses de mora respecto de obligaciones que no se reconocían con anterioridad al laudo arbitral y que surgieron del análisis de la controversia y de lo que quedó demostrado en el proceso.

A su vez, la cifra de \$3.516.980.253 que ha quedado demostrada como la remuneración debida por la mayor cantidad de servicios de auditoría que prestó **DELTA** en ejecución del Contrato 134-10, se deberá pagar en su valor actualizado a la fecha del presente laudo, aplicando el Índice de Precios al Consumidor, con fundamento en consideraciones que han sido ampliamente reconocidas por la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos:

“La corrección monetaria -o indexación- es una remuneración equitativa y razonable para contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo del dinero por la inflación, es decir, una retribución para que la prestación económica tenga un valor igual –o similar– al que tuvo en el momento en que se ejecutaron las obligaciones del respectivo negocio (...)”

Por eso, en atención a la tesis ampliamente decantada de la jurisprudencia, el cumplimiento de las obligaciones sin ese mecanismo de corrección, implicaría para el acreedor *“la recepción de un dinero envilecido por la merma de su valor real o poder de compra”*, por lo cual *“es menester que la traída a valor presente de ellas cobije todo el tiempo en que estuvieron sujetas a la depreciación por causa de la inflación.”*

Para efectos de traer a valor presente la suma de **\$3.516.980.253**, se aplica la siguiente fórmula:

VR = VH x (IPC actual/IPC inicial)

Donde:

VR: corresponde al valor a reintegrar (e)

VH: monto cuya devolución se ordenó inicialmente (a)

IPC: Índice de Precios al Consumidor.

	Capital	Fecha Inicial	Fecha Final	IPC Inicial	IPC Final	Factor de cálculo	Capital Actualizado
	a			b	c	d = c/b	e = a x d
	\$ 3.516.980.253	octubre-12	febrero-20	77,96	104,24	1,3371	4.702.554.296
TOTALES	\$3.516.980.253						\$4.702.554.296

ACTUALIZACION IPC	
CAPITAL	\$3.516.980.253
INDEXACION	\$1.185.574.043
CAPITAL INDEXADO	\$4.702.554.296

5.4. Sexta pretensión declarativa de la demanda, séptima y octava consecuenciales de condena - Excepciones contra las pretensiones sexta, séptima y octava

La sexta pretensión de la demanda se relaciona con las glosas formuladas y aplicadas por **NUEVA EPS** a 8 facturas, en los siguientes términos:

"Sexta, Declarativa: Que se declare que las glosas formuladas y aplicadas por NUEVA EPS las facturas: i) 533 del siete (7) de septiembre de 2011, ii) 1110 del tres (3) de abril de 2012, iii) 1292 del tres (3) de mayo del 2012, iv) 1337 del veinticinco (25) de mayo del 2012, v) 1446 del seis (6) de junio del 2012, vi) 1451 del tres (3) de julio del 2014, vii) 1481 del dos (2) de agosto del 2012 y viii) 1588 del nueve (9) de octubre del 2012, no tienen justificación real y que, por ende, NUEVA EPS debe pagarle a DELTA A SALUD los valores no pagados al amparo de dichas glosas."

La séptima pretensión de la demanda se refiere a la condena como consecuencia de la prosperidad de la pretensión sexta, en los siguientes términos:

"Séptima de Condena: Que se condene a NUEVA EPS al pago de DOSCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO CINCUENTA MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS (\$244.150.886 a favor de DELTA A SALUD, correspondientes al valor de las glosas injustificadas formuladas y aplicadas por la EPS sobre las facturas radicadas por DELTA A SALUD, valor no pagado a DELTA, o al pago del valor que efectivamente se demuestre en el proceso."

Finalmente, en la octava pretensión se reclama el pago de los intereses moratorios por los valores dejados de pagar por concepto de glosas, de la siguiente forma:

"Octava de Condena: Que se condene a NUEVA EPS al pago de TRESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS VEINTIDOS PESOS CON CUARENTA CENTAVOS (\$354.864.522,40) por concepto de intereses moratorios respecto de los valores dejados de pagar por las glosas injustificadas aplicadas a las facturas i) 533 del siete (7) de septiembre de 2011, ii) 1110 del tres (3) de abril de 2012, iii) 1292 del tres (3) de mayo del 2012, iv) 1337 del veinticinco (25) de mayo del 2012, v) 1446 del seis (6) de junio del 2012, vi) 1451 del tres (3) de julio del 2014, vii) 1481 del dos (2) de agosto del 2012 y viii) 1588 del nueve (9) de octubre del 2012, liquidados a la tasa máxima legal permitida y conforme a lo certificado por la Superintendencia Financiera hasta el veintiocho (28) de febrero del 2017, o al pago del valor de los intereses moratorios que efectivamente se generen hasta la fecha del pago del valor de las glosas injustificadas formuladas y aplicadas por NUEVA EPS."

5.4.1. El litigio en este aspecto de la controversia

Aduce la convocante que **NUEVA EPS** formuló glosas a ocho facturas presentadas por **DELTA** para su pago y descontó los valores por ese concepto, valores que deben serle pagados pues las glosas no tuvieron justificación real. Según la demandante el valor de las glosas asciende a la suma de \$244.150.886, correspondientes al valor de las glosas injustificadas formuladas y aplicadas por la EPS sobre las facturas radicadas por **DELTA**, que no le fue pagado.

Menciona que **NUEVA EPS** no pagó en tiempo sus obligaciones, incumpliendo así el contrato, y que aplicó glosas que carecen de total sustento. Agrega que con el fin de obtener un pago oportuno y el afán de liquidez, **DELTA** ajustó con notas crédito las facturas pero siempre señalando que no consideraba justas las glosas y que, a pesar de las notas crédito, **NUEVA EPS** no realizaba el pago¹⁹⁷.

Señala también la convocante que las glosas no fueron realizadas conforme al procedimiento establecido en el parágrafo tercero de la cláusula sexta del contrato¹⁹⁸, procedimiento que fue ignorado por la demandada pues realizaba dichas glosas en forma unilateral y que, abusando de la débil situación económica de **DELTA**, aquella la persuadía para que aceptara dichas glosas a cambio de hacer el pago con celeridad.

Dice **DELTA** que fue por esto que aceptó los ajustes a las facturas pero que hizo siempre la salvedad de no compartir las razones de las glosas:

*"Nótese cómo NUEVA EPS utilizó dicha estrategia de forma reiterada, y que en virtud de la falta de liquidez y de la enorme deuda que NUEVA EPS tenía con la demandante, DELTA A SALUD optó por acceder a lo solicitado por la EPS, pero siempre manifestando su inconformidad"*¹⁹⁹.

Anota, además, que **NUEVA EPS** no tenía la posibilidad de aplicar las glosas porque con base en el artículo 2 de la ley 1231 de 2008, pasados 10 días de la recepción de la factura, sin controvertirse, esta se entiende irrevocablemente aceptada²⁰⁰.

Por su parte, **NUEVA EPS** rechazó las afirmaciones de la demandante y advierte que a esta última le compete la carga de la prueba puesto que aceptó las glosas y concurrió a la celebración de sendas modificaciones sin reservas sobre los pagos

¹⁹⁷ Texto de la demanda, p. 40.

¹⁹⁸ Folio 3 reverso, Cuaderno de Pruebas N° 1

¹⁹⁹ Texto de la demanda, p. 42 y 43.

²⁰⁰ Texto de la demanda, p. 43.

efectuados y que no hay hecho de la demanda que se refiera a situaciones de glosas que no tengan justificación real²⁰¹.

A su turno, frente a las situaciones que según **DELTA** la llevaron a suscribir las notas crédito ante su estado de necesidad, por el incumplimiento y abuso de la posición contractual de **NUEVA EPS**, la convocada propuso la excepción que denominó "Ausencia de vicio en relación con las notas crédito y facturas que fueron expedidas", fundada en la ausencia de todo hecho que invalidara las notas crédito expedidas por **DELTA**²⁰².

Destaca el Tribunal que la parte convocante no desconoce las notas crédito, lo que cuestiona es que, de un lado, las glosas fueron injustificadas y, de otro lado, que para la aplicación de los descuentos por las glosas realizadas, **NUEVA EPS** no haya respetado el procedimiento que para las mismas había establecido el contrato, en la cláusula sexta, parágrafos tercero y cuarto del contrato²⁰³.

Se refiere la demandante en los siguientes términos al procedimiento estipulado en la cláusula sexta:

*"Nótese cómo bajo la Cláusula Sexta, **cualquier descuento en la facturación**, requería de un procedimiento previo, donde se le otorgaba un debido proceso a DELTA para dar las explicaciones correspondientes, antes de que NUEVA EPS glosará o descontará del valor de la factura. De hecho [,] tal procedimiento como indica la cláusula partía del supuesto de conferir oportunidad a DELTA no solo de dar las explicaciones correspondientes sino de remediar cualquier situación irregular, partiendo de una previa comunicación detallada de las supuestas faltas o incumplimientos. En ese sentido, el no cumplir el procedimiento de glosas establecido en el Contrato constituye otra vulneración al mismo, a las luces del artículo 1602 del C.C. [...]"²⁰⁴. (Resalta el Tribunal)*

Finalmente, presenta un elenco de 8 facturas glosadas de acuerdo con la experticia de parte que aportó con la demanda y se apoya en el dictamen técnico financiero decretado por el tribunal para reclamar como perjuicio el valor de las glosas

²⁰¹ Contestación de la demanda, p. 3

²⁰² Contestación de la demanda, p. 63.

²⁰³ "Sexta: Honorarios y Forma de Pago. - La NUEVA EPS pagará al CONTRATISTA mensualmente dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de la factura de cobro (...)

Parágrafo Tercero: En caso de incumplimientos parciales o cumplimiento extemporáneos a los indicadores de gestión por Metas y Acuerdo de Nivel de Servicios incorporados en los ANEXOS No. 4 y No. 5, NUEVA EPS impondrá los siguientes descuentos a la facturación: (...). Para la aplicación de estos descuentos, se llevará a cabo el siguiente procedimiento: NUEVA EPS a través del Supervisor requerirá por escrito al CONTRATISTA precisándole las consecuencias de no atender este requerimiento. - El CONTRATISTA dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes deberá contestar por escrito dicho requerimiento. - Recibida la respuesta, NUEVA EPS analizará el caso y determinará si son válidas o no las explicaciones y se adoptará la decisión definitiva; la cual será informada al CONTRATISTA por escrito. - Si el CONTRATISTA persiste en el incumplimiento o no cumple dentro del plazo pactado, NUEVA EPS quedará facultada para terminar de manera unilateral el Contrato".

"PARÁGRAFO CUARTO: En ningún caso los descuentos podrán superar el diez (10%) del valor estimado del contrato"

²⁰⁴ Páginas 62 y 63 del escrito de alegatos de conclusión.

(\$295.396.748) más los intereses moratorios hasta el 31 de octubre de 2019 (\$556.268.475), sin precisar a partir de qué momento se cuentan estos.

A su turno, el apoderado de **NUEVA EPS**, en su intervención oral de presentación de alegatos finales 27 de enero de 2020, respecto de las glosas mencionó la existencia de un acta, sin precisarla, en donde **DELTA** habría reconocido y aceptado los descuentos²⁰⁵ y no hizo referencia alguna a si para la aplicación de los descuentos se había seguido un procedimiento previo:

“Porque él a esa contabilidad le dio un valor y eso produce unos efectos que hoy, 7 años después, no los puede desconocer, mucho más cuando en el mes de agosto del año 2012 concurrió con Nueva EPS a solucionar sus divergencias en relación con las causales o los motivos de los descuentos, para acordar en un acta, que fue incorporada por los peritos al proceso, que aceptaba los descuentos por los conceptos de variables”.

La postura de la demandada, respecto del acta en que se habían reconocido los descuentos, ya la había planteado en su contestación de demanda cuando en punto de la excepción “*purga de la mora*” en el numeral 16 indicó que:

*“[...] También, fue el 1 de agosto de 2012 fecha en la que **DELTA** aceptó las glosas al factor variable, sin que ahora pueda ir en contra de sus propios actos, para reclamar su pago como un saldo insoluto”²⁰⁶.*

5.4.2. Hechos probados sobre este aspecto de la controversia

Las facturas sobre las cuales, según la demanda, hubo glosas formuladas y aplicadas por **NUEVA EPS** son las siguientes:

- (i) La 533 del 7 de septiembre de 2011;
- (ii) La 1110 del 3 de abril de 2012;
- (iii) La 1292 del 3 de mayo de 2012;
- (iv) La 1337 del 25 de mayo de 2012;
- (v) La 1446 del 6 de junio de 2012;
- (vi) La 1451 del 3 de julio de 2012;
- (vii) La 1481 del 2 de agosto de 2012; y
- (viii) La 1588 del 9 de octubre de 2012.

Es pertinente señalar que estas ocho facturas también están incluidas dentro de las 59 facturas que la demandante enlista en la pretensión novena (9) de la demanda y

²⁰⁵ Folios 173 a 189, Cuaderno Principal N° 2

²⁰⁶ Contestación de demanda, p. 69.

en donde reclama el pago de intereses moratorios por su no pago oportuno de parte de **NUEVA EPS**.

Observa el Tribunal que el dictamen pericial de **ÍNTEGRA**²⁰⁷ da cuenta de glosas practicadas por **NUEVA EPS** a 11 facturas, dentro de las cuales se hallan las 8 señaladas en la pretensión, cada una con el “concepto técnico” correspondiente a la nota crédito.

Después del análisis individual de cada de las 11 facturas el dictamen señala:

"Establecer el tipo de glosa aplicada según la información referida en los documentos la glosas (sic) aplicada a las facturas se enmarcan en la concurrencia sin precisarse una glosa específica y en adición no se evidencia en la verificación, Seguimiento (sic) a la facturación y gestión de glosas formales (no clasificada) más allá de un desacuerdo a la decisión referida en el documento de la demanda, sin embargo, desde el momento de la clasificación genérica de las glosas como parte de la auditoría concurrente y en la actuación no se evidencia un proceso estandarizado como una actividad respuesta y gestión de glosas. estrategias (sic) que se deben definir como cumplimiento de los criterios de calidad en términos de: oportunidad, suficiencia, continuidad, integralidad, racionalidad técnico-científica y demás atributos de calidad. Se identifican como soporte correos electrónico (sic) que informan la decisión tomada con la argumentación de disminución de caso en la IPS enunciadas y por esto se modifican los valores fijos". (Subrayas del tribunal).

El dictamen hace un análisis de los manuales de auditoría conocidos de los cuales cita apartes pertinentes; también cita apartes del contrato y concluye la respuesta a la pregunta tres, referida a las glosas, así:

"En los apartes del contrato referido no se encuentra correlación entre lo glosado y lo establecido en el contrato en lo que a causales de glosa se refiere, en el contrato no se observa que se haga alusión a la posibilidad de generar notas crédito sobre el componente de ponderación fija. [...] Las evidencias que exhibe Nueva EPS para justificar la aplicación de la glosa, en el último manual de auditoría medica (sic) integral publicado y referido previamente. (sic) Se definen como la no existencia de pacientes en la realización del censo rutinario a realizar, y la disminución de afiliados a EPS atendidos en dichas IPS"²⁰⁸. (Subrayas del Tribunal).

En las aclaraciones y complementaciones al dictamen, ante una pregunta de **DELTA** de si la expresión “proceso estandarizado” se refiere al procedimiento establecido en la cláusula sexta del contrato 134-10, se señala que

"En el contexto de la pregunta se utilizó la expresión proceso estandarizado refiriéndose al procedimiento descrito en la Cláusula Sexta del Contrato

²⁰⁷ De 16 de septiembre de 2019

²⁰⁸ Cuaderno de pruebas No. 2, p.34 del dictamen. Este aparte fue objeto de aclaración en el dictamen del 5 de noviembre de 2019, p. 49.

134-10 que indica la manera en que debía procederse en los casos de presentar glosas a la facturación presentada por DELTA"²⁰⁹.

Y respecto de si para la aplicación de las glosas se había seguido el procedimiento estipulado en la cláusula sexta del contrato y si **NUEVA EPS** notificó en debida forma a **DELTA** la aplicación de cada una de las glosas, en estas aclaraciones se lee:

*"Solicitamos información que permita conocer por factura radicada de DELTA A SALUD, aquellas que fueron glosadas, así como los soportes que sustentan cada glosa impuesta y su valor. Solicitamos el documento institucional que determina las glosas aplicables al contrato 134-10 que contenga el procedimiento realizado para su detección y el tratamiento a realizar, en caso de existir. De lo anterior, se obtuvo una relación detallada de las facturas con glosa, presentando como soportes sus respectivas notas crédito, documento de calificación y actas de calificación y conciliación regional. Así como también los documentos institucionales que determinan las condiciones para la aplicación de las glosas y el tratamiento a realizar en el momento de presentarse"*²¹⁰.

Más adelante, respondiendo la misma solicitud de aclaración, se lee:

"Al examinar los documentos soporte, es decir, facturas, glosas y sus respectivas notas crédito, encontramos lo siguiente: 1. Emisión de la factura por el 100% de su valor. 2. Existencia de un documento donde se hace referencia a las glosas de la factura, indicando la calificación del servicio bajo los términos del anexo 6. 3. La emisión de una nota crédito equivalente a la valoración de la glosa. De conformidad con la información puesta a nuestra consideración observamos que existe (sic) unas actividades que son congruentes con las indicadas en el anexo 6, sin embargo, no evidenciamos un documento oficial que contenga un proceso documentado en el que se describa paso a paso las actividades y controles que deben ejecutarse en la generación y aplicación de la glosa. Por otra parte, observamos actas de calificación con la firma de ambas partes, sin embargo, no contamos con un documento en el que se haya notificado a DELTA sobre la aplicación de las glosas"²¹¹. (Subrayas del Tribunal).

Agrega el dictamen pericial que

*"Considerando los soportes y la tabla consolidada de glosas suministrada por Nueva EPS, y luego de validar los conceptos y soportes que las generan, se observa que el total de facturas glosadas ascendió a 11, [...] No obstante lo anterior, la información suministrada no permite establecer si se siguieron todos los pasos establecidos para la aplicación de la glosa"*²¹².

De lo expuesto no resulta evidente que se haya respetado un procedimiento estandarizado para la aplicación de las glosas y se recuerda que el demandante hubo

²⁰⁹ P. 25 de las aclaraciones y complementaciones de noviembre 5 de 2019.

²¹⁰ Ibidem, p. 25.

²¹¹ Ibidem, p. 26 y 27.

²¹² Aclaraciones del 5 de noviembre de 2019, p. 47.

de señalar en su demanda que **DELTA** aceptó los ajustes a las facturas “*haciendo siempre la salvedad de que no compartía las razones de las glosas*”.

Más adelante, en el mismo escrito de aclaraciones del dictamen se lee:

"Delta A Salud a través de sus acciones fue quien a lo largo del proceso contratado evaluó estos atributos en cada IPS en que fue asignado como gestor de auditoría para la Nueva EPS y donde de acuerdo a glosas definidas y comunicadas se definieron las notas crédito asociadas a unos soportes donde se respalda la decisión en actas de calificación regional concertadas. Concepto de cada glosa es un proceso de concertación al ejercicio de la auditoría realizada, soportada y evaluada, sin desconocimiento de una labor realizada [...]"²¹³.

Sobre este aspecto **NUEVA EPS** solicitó a **ÍNTEGRA** aclarar el punto 2.7 en los siguientes términos: *¿Cuál es la evidencia que ofrece Nueva EPS para justificar la aplicación de la glosa en el último manual de auditoría? ¿A cuál glosa se refiere?*

En la respuesta se lee:

"[...] Se trata de dar claridad que las glosas definidas por Nueva EPS se refieren a criterios de no existencia de pacientes en la realización del censo diario, considerándose dos posibilidades a dicho criterio; la primera posibilidad y según información como una situación que se da por la disminución de afiliados a la Nueva EPS que fueran atendidos por la IPS contratadas en las fechas de las actividades de auditoría y realizadas por Delta Salud y la segunda es la no realización de la actividad. Decisiones enmarcadas en acciones soportadas en actas de conciliación concertada (sic) y conciliación donde se evidencia la presencia de los actores interesados, siendo los criterios usados, de desempeño de la actividad establecidos para la calificación referida, en el último manual de auditoría médica integral publicado, comunicado y referido previamente"²¹⁴

Finalmente, en la aclaración 5.4 la demandada solicita al perito que “*ofrezca evidencia de que las auditorías realizadas por Delta, corresponde al número de egresos reales*”.

En la respuesta el dictamen expone lo concerniente a la auditoría de seguimiento y la auditoría específica y en el ordinal d) señala lo que sigue:

"d. La empresa NUEVA EPS le especificó a DELTA un pago global por cada IPS compuesto de una parte fija y una parte variable, la cual pagaría mensualmente dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de la factura de cobro. Adicionalmente, la factura debía presentarse por el cien por ciento (100%) y NUEVA EPS realizaría la calificación de la parte variable al momento de disponer de las cuentas médicas del periodo evaluado, de tal manera que si había necesidad de glosar la parte variable, se realizaba el descuento en la siguiente factura que presentara DELTA"²¹⁵.

²¹³ Ibidem, p. 48 *in fine*.

²¹⁴ Ibidem, p. 49.

²¹⁵ Ibidem, p. 75.

De lo anterior concluye el Tribunal que (i) la no existencia de pacientes implicaba dos posibilidades, o bien la disminución de afiliados o la no realización de actividad, (ii) las notas crédito se generarían por el componente variable, no por el fijo y (iii) no hay evidencia de que se hubiera seguido el procedimiento de aplicación de las glosas y sobre todo acerca de si del mismo se desprendía la posibilidad para **DELTA** de expresar su inconformidad ante la glosa que le formulara **NUEVA EPS**.

El diez (10) de diciembre del 2019 se pidió adicionar y complementar la experticia, previa decisión del Tribunal²¹⁶. En estas nuevas aclaraciones y complementaciones se vuelve a recabar sobre el tema de las glosas, e indica el perito **INTEGRA** que

"Considerando la información entregada por las partes se procedió a la validación de las facturas informadas como glosadas corroborando dicha información con el total facturado y pagado del contrato".

El dictamen hizo un análisis de las 11 facturas glosadas por **NUEVA EPS** (se recuerda que el Tribunal solo tomará en la cuenta las 8 que determinó el actor en la pretensión sexta de su demanda).

Para el análisis el perito utilizó varios criterios, dentro de los cuales se hallan el "Concepto técnico correspondiente a la NC por parte de Nueva EPS"; los "Soportes presentados Nueva EPS" y las "Observaciones del perito".

Finalizado el análisis de las glosas aplicadas, la experticia pasó a sus conclusiones de las cuales el Tribunal destaca la conclusión No. 10 en la cual se afirma:

"En el mes de agosto de 2012 se efectuó un acuerdo de revisión de las calificaciones entre Nueva EPS y DELTA y por ende de las glosas para los meses de enero a mayo de 2012, con lo cual las glosas en conjunto para dichos meses en total estarían en el orden de los \$100.276.786 pesos, valor que corresponde a la suma de las notas crédito de las facturas 1110, 1292, 1337 y 1446"²¹⁷.

La experticia ofrece una imagen de dicho acuerdo suscrita por Alvaro Bustos de **DELTA** y de Alberto Guerrero, Gerente Prestación de Servicios de **NUEVA EPS** y Edna Carolina Rodríguez, Coordinadora de gestión y auditoría de la misma sociedad²¹⁸.

Visto lo anterior, el Tribunal destaca la última referencia que se hace respecto de la existencia de un acuerdo entre las partes y encuentra que, evidentemente, con dicho

²¹⁶ Auto del 25 de noviembre de 2019, Acta 17, folios 505 a 511, Cuaderno Principal N° 1

²¹⁷ Cuaderno de Pruebas No. 2, folio 435.

²¹⁸ Ibidem, folio 436.

acuerdo de agosto de 2012, cualquier disputa relacionada con las glosas a las facturas 1110 del tres (3) de abril de 2012; a la 1292 del tres (3) de mayo de 2012; a la 1337 del veinticinco (25) de mayo de 2012 y la de 1446 del 6 de junio de 2012 resulta zanjada y no hay vía para cuestionar su validez -la del acuerdo- y menos la eficacia respecto de las notas crédito derivadas de las glosas a las referidas facturas, no obstante que con posterioridad al acuerdo, **DELTA** haya cuestionado las glosas²¹⁹.

En efecto, con posterioridad al acuerdo Álvaro Bustos, representante de **DELTA**, se lamentaba por haberlo aceptado²²⁰. Sin embargo, su validez y efectos no pueden ser desvirtuados por consideraciones que no alcanzan a afectar las normas sobre el control subjetivo del acuerdo el cual para el Tribunal luce pleno y válido en su formación y efectos.

Lo anterior se corrobora con la comunicación del 13 de noviembre de 2012, en la cual el representante legal de **DELTA** manifiesta:

*"Sí, doctor Guerrero, efectivamente firmé el acta que usted menciona y con ello acepté el valor de la glosa, razón por la cual no estoy pidiendo que Nueva EPS reintegre a mi Empresa ese dinero. Para su tranquilidad, apreciado doctor, le reitero: esta acta está firmada por mí y punto"*²²¹.

Esta afirmación despunta para el Tribunal firme e inconcusa, de modo tal que a dicha acta el Tribunal le concede validez y plenos efectos.

No está de más recordar que las ocho facturas, de donde provienen las glosas que en esta pretensión se están analizando, están también listadas en la pretensión novena

²¹⁹ Aquí conviene mencionar, de todas maneras, que aparece prueba documental en donde respecto de la factura 1110 (que fue conciliada como quedó expuesto) **DELTA** a Salud había expresado su inconformidad sobre la glosa porque había sido aplicada sin previa conciliación. En efecto, en carta del 14 de junio de 2012 Álvaro Enrique Bustos, Presidente de **DELTA**, dirigida a Alberto Guerrero, Gerente de Prestación de servicios de **NUEVA EPS**, le señala: *"Sin embargo, en el momento nuestra Empresa afronta una muy crítica situación de iliquidez que está directamente relacionada con el dinero que le adeuda Nueva EPS. En efecto, a la fecha Nueva EPS le debe a Delta A Salud, por concepto de facturas vencidas, \$1.019.926.627 [...], suma a la que se le debe agregar \$44.868.471 [...] correspondientes al valor de una glosa que, sin previa conciliación, aplicó la Entidad que usted representa sobre la factura que presentamos por los servicios del mes de enero del corriente año"*. (Subrayas del Tribunal).

²²⁰ En carta del 11 de septiembre de 2012 suscrita por Álvaro Enrique Bustos Mejía y dirigida al gerente de Prestación de Servicios de **NUEVA EPS** (cuaderno de pruebas No. 1, folio 89), se lee: *"No debí haber aceptado esos descuentos porque, como lo muestra la realidad contundente, hoy, más de TREINTA (30) días después de hecho el acuerdo, la EPS no nos ha pagado la totalidad de los dineros que, en ese momento constituían deuda morosa y que ascienden a montos multimillonarios"*: Cuaderno de pruebas No. 1, folio 90 (Anexo N° 17 de la demanda).

²²¹ En la carta del 13 de noviembre de 2012 del Presidente de **DELTA** al Gerente de Prestación de servicios de **NUEVA EPS**, se lee: *"De otra parte y sobre el mismo punto, dice Usted, en primer término, que los criterios fueron aceptados por nosotros en el marco del contrato actual y en segundo lugar, que el proceso de calificación del componente variable fue aceptado y ratificado por mí "de manera libre, espontánea y bajo ninguna presión", y vincula esta expresión al hecho de que el primero de agosto firmé el acta en la que aceptaba que Nueva EPS nos formulara glosas por un valor aproximado a los cien millones (\$100.000.000) de pesos. Al respecto, permítame, doctor Guerrero, que le presente estas cordiales aclaraciones y consideraciones: i. Sí, doctor Guerrero, efectivamente firmé el acta que usted menciona y con ello acepté el valor de la glosa, razón por la cual no estoy pidiendo que Nueva EPS reintegre a mi Empresa ese dinero. Para su tranquilidad, apreciado doctor, le reitero: esta acta está firmada por mí y punto"*: Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 113 (prueba No. 26 de la demanda).

y décima de la demanda por cuanto el actor está reclamando respecto de ellas intereses moratorios por su no pago oportuno.

En cuanto a las otras tres facturas del año 2012, esto es, la 1451 del 3 de julio de 2012, la 1481 del 2 de agosto de 2012 y la 1588 del 9 de octubre de 2012, la situación es diferente porque sobre ellas no existe un acuerdo análogo en virtud del cual se haya transigido o aceptado la aplicación de las glosas. Por el contrario, el Tribunal halló que las notas crédito emitidas sí fueron cuestionadas por **DELTA**.

Sobre las glosas a estas facturas el Tribunal tampoco encontró evidencia de que se hubiera seguido un procedimiento especial, particular o estandarizado para su aplicación. Todas estas circunstancias -inexistencia de acuerdo, inconformidad con las notas crédito e inexistencia de un procedimiento para la aplicación de las glosas- llevarán al Tribunal a decidir que **NUEVA EPS** restituya el valor de las notas crédito que emitió **DELTA** con ocasión de las glosas aplicadas a las tres facturas referidas.

Respecto de la objeción a las glosas, obsérvese que en la comunicación del 9 de octubre de 2012 dirigida por ALVARO BUSTOS a la Coordinación de Gestión Hospitalaria y Auditoría de **NUEVA EPS** se lee:

"Con toda atención damos alcance a sus comunicaciones del día 8 de octubre de 2012, en las que Nueva EPS nos notifica el valor de unas glosas que se solicitan aplicar a las facturas que hemos presentado por el componente variable de los servicios de auditoría de los meses de junio y de julio de 2012. [...] [C]on toda atención anexamos las notas crédito correspondientes a los montos de los valores inicialmente informados como glosados por ustedes. Sin embargo, la remisión de las notas crédito referidas no significa que estemos de acuerdo con el monto de las glosas que se informan, ni que aceptemos los descuentos anunciados. [...]"

Paralelamente, solicitamos que en el menor tiempo posible se nos entregue el detalle que soporta las glosas informadas por ustedes, y una vez sean recibidos por nosotros y revisadas, a las 48 horas hábiles podamos llevar a cabo una reunión entre las partes para discutir la validez de los montos inicialmente glosados en las facturas ya referidas y se haga la conciliación respectiva"²²². (Subrayas del Tribunal).

En relación con la factura 1588 de octubre de 2012, se produjo la nota crédito No. 091, empero el representante legal de **DELTA** señaló al Gerente de Prestación de Servicios de **NUEVA EPS** en comunicación del 11 de diciembre de 2012 que

"Al respecto, de manera respetuosa y cordial queremos manifestarles que, con el único fin de que Nueva EPS dé el trámite de pago a la referida factura en forma inmediata, y con el propósito de evitar que la EPS incurra en moras mayores a las actuales, derivadas del incumplimiento en el pago de la obligación de la referencia, con toda atención adjunto encontraran la nota

²²² Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 100 (prueba No. 21 de la demanda).

crédito No. 091 correspondiente al monto del valor inicialmente informado por ustedes como inconsistente. Sin embargo, la remisión de la nota crédito referida no significa que estemos de acuerdo con el monto de la inconsistencia que se informa, ni que aceptemos el descuento informado". (Subrayas del Tribunal).

Así mismo, como se señaló, no aparece en el plenario que un procedimiento para la aplicación de las glosas se hubiere observado por parte de **NUEVA EPS**. No fue acreditado que su aplicación hubiese sido el resultado de un procedimiento previo de acercamiento o concertación entre las partes del contrato.

Para el Tribunal, de la lectura de la cláusula sexta del contrato de prestación de servicios No. 13401-10 se desprende que una glosa o un descuento económico a un valor facturado debía cumplir un procedimiento para su aplicación.

En los apartes pertinentes se lee en dicha cláusula lo que sigue:

"SEXTA: HONORARIOS Y FORMA DE PAGO. La NUEVA EPS pagará al CONTRATISTA mensualmente dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de la factura de cobro, los honorarios que por la prestación de sus servicios resulten al aplicar la suma del valor fijo y variable según el ANEXO No. 6. PARÁGRAFO PRIMERO: EL CONTRATISTA deberá presentar facturas originales y por cada factura deberá radicar el original y una (1) copia por los servicios prestados que sean objeto del presente contrato. La facturación debe presentarse detallada por IPS en cuanto al Monto fijo y un anexo donde se evidencie el cumplimiento del valor variable. La factura debe presentarse por el ciento por ciento (100%) y NUEVA EPS, realizará la calificación del numeral 2 y 3, y del numeral 1 cuando lleguen las cuentas médicas del periodo evaluado, si hay necesidad de glosar el porcentaje (%) en cualquiera de sus medidas, se realizará el descuento en la próxima facturación que presente EL CONTRATISTA. [...]".

PARÁGRAFO TERCERO: En caso de incumplimientos parciales o cumplimiento extemporáneos a los indicadores de gestión por Metas y Acuerdo de Nivel de Servicios incorporados en los ANEXOS No. 4 y No. 5, NUEVA EPS impondrá los siguientes descuentos a la facturación: [...] Para la aplicación de estos descuentos se llevará a cabo el siguiente procedimiento: -NUEVA EPS a través del Supervisor requerirá por escrito al CONTRATISTA precisándole el incumplimiento parcial o el cumplimiento extemporáneo a los indicadores de gestión, exigiéndole en plazos ciertos y perentorios que cumpla con ellos, e, informándole las consecuencias de no atender este requerimiento. -EL CONTRATISTA dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes deberá contestar por escrito dicho requerimiento. -Recibida la respuesta, NUEVA EPS analizará el caso y determinará si son o no válidas las explicaciones y se adoptará la decisión definitiva; la cual será informada al CONTRATISTA por escrito. -Si EL CONTRATISTA persiste en el incumplimiento o no cumple dentro del plazo pactado, NUEVA EPS quedará facultada para terminar de manera unilateral el Contrato.

PARÁGRAFO TERCERO (sic)²²³: En caso de incumplimiento tardío o la falta de presentación de cualquiera de los informes previstos en el ANEXO No 5,

²²³ Debería el contrato decir parágrafo cuarto, pero es claro que esta imprecisión constituye un evidente *lapsus calami*.

NUEVA EPS impondrá los siguientes descuentos a la facturación: [...]. Para la aplicación de estos descuentos se llevará a cabo el siguiente procedimiento: (i) NUEVA EPS a través del Supervisor requerirá por escrito al CONTRATISTA precisándole el cumplimiento tardío o la falta de presentación de cualquier informe, exigiéndole en plazos ciertos y perentorios que cumpla con ellos, e, informándole las consecuencias de no atender este requerimiento. ii) EL CONTRATISTA dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes deberá contestar por escrito dicho requerimiento. iii) Recibida la respuesta, NUEVA EPS analizará el caso y determinará si son o no válidas las explicaciones y se adoptará la decisión definitiva, la cual será informada al CONTRATISTA por escrito”.

De las previsiones de la cláusula transcrita se infiere que el propósito de las partes fue el de que cualquier glosa o descuento estuviese sujeto a un procedimiento previo antes de su aplicación y que no quedase en la órbita de actuación unilateral del contratante. O que, como lo señaló el apoderado de la convocante en sus alegatos de conclusión, el procedimiento de la cláusula sexta partía del supuesto de “*darle la oportunidad a DELTA no solo de dar las explicaciones correspondientes sino de remediar cualquier situación irregular, partiendo de una previa comunicación detallada de las supuestas faltas o incumplimientos*”.

La anterior reflexión la comparte el tribunal por cuanto la glosa, entendida como un descuento al valor de una factura presentada para pago, no podía quedar bajo la autonomía o discrecionalidad del contratante, sino que en su aplicación definitiva debía previamente intervenir el contratista. No aparece en el tenor del contrato expuesta esta atribución unilateral en favor del contratista, como tampoco aparece en el plenario la prueba de un procedimiento previo que se haya surtido para la aplicación del descuento respecto de las facturas precisadas en la pretensión sexta, salvo la conciliación respecto de cuatro de ellas como ya se señaló *supra*.

El Tribunal no observó que en el tema de los descuentos o las glosas se haya seguido un procedimiento en virtud del cual el contratista hubiese podido expresar su disconformidad a una glosa planteada, como tampoco la posibilidad de agotar un trámite conciliatorio ante la eventual disparidad de criterios con el contratante.

De la revisión de las facturas con sus soportes el Tribunal apreció un formato de **NUEVA EPS** del área de Dirección Técnica de Auditoría en donde aparece un abono en cuenta por concepto de auditoría médica el mes respectivo (*verbi gratia*, mayo, junio, julio de 2012) con el valor de la factura y dentro del mismo cuadro se señalaba la nota crédito, su número y su valor. En documento aparte se halla la nota crédito con el mismo valor que se indicaba en el formato de **NUEVA EPS**.

El testigo Álvaro Bustos en su declaración de mayo de 2019 señaló:

"[...] yo debo insistir en que en la mayoría de los eventos de formulación de glosas no tuvimos una razón. Permítame que le diga esto el contrato establecía un proceso para formular las glosas, ese proceso nunca fue respetado por Nueva EPS nunca. [...] se supone que se debía levantar un acta o un documento que recogiera el resultado de ese proceso y entonces ahí sí se podía hacer el descuento [...]"²²⁴.

A su vez, el testigo Guillermo Sánchez declaró que respecto de las glosas **NUEVA EPS** no había recibido una comunicación previa y una afectación a las facturas subsiguientes²²⁵.

Además, en el dictamen técnico financiero de INTEGRA se sostuvo que no se había observado un proceso estandarizado; que no existía una correlación entre lo glosado y lo establecido en el contrato y que *"en el contrato no se observa que se haga alusión a la posibilidad de generar notas de crédito sobre el componente de ponderación fija"*²²⁶.

Ahora, si bien en las aclaraciones y complementaciones al dictamen del 10 de diciembre se lee en la conclusión No. 11 que *"[e]n términos generales y entendiendo que la información suministrada responde al mayor esfuerzo de las partes de su consecución, los procedimientos de aplicación de las glosas, no obstante la información suministrada no permite establecer si se siguieron todos los pasos establecidos para su aplicación"*²²⁷, lo cierto es que las glosas terminaron siendo aceptadas por el contratista en el afán de que se le pagaran facturas atrasadas por parte de **NUEVA EPS** ²²⁸ y su aplicación no surgió de un previo proceso de intento conciliatorio entre contratante y contratista. De ahí que para el Tribunal la aplicación de las glosas haya sido irregular dado que, entre otras circunstancias, el contratista no tuvo la oportunidad de discutir las o cuestionarlas.

En relación con la factura 1451, con nota crédito No. 85, respecto del formato de calificación, observó el perito lo siguiente:

*"Este formato está incompleto faltando la calificación de los ítem (sic) de indicadores, auditoría retrospectiva. No se observa documentos de memoria de socialización de la calificación a nivel general ni por zona"*²²⁹.

²²⁴ Declaración del 2 de mayo de 2019.

²²⁵ Declaración del 29 de abril de 2019.

²²⁶ Dictamen técnico y financiero del 13 de septiembre de 2019, p. 43.

²²⁷ Folio 436, Cuaderno de pruebas No. 2

²²⁸ En la versión del testigo Álvaro Bustos de 2 de mayo de 2019 se lee: *"[...] siempre manifestamos nuestro desacuerdo cuando se presentó la primera que fue absolutamente sorpresiva ya llevábamos no sé 4, 5 meses y que nos enteramos porque el dinero en la transferencia no llegó completo, oiga qué pasó aquí? [...] En algunos casos doctor dejamos sentando por escrito el desacuerdo, en algunos casos, no puedo decir en cuántos, pero debe haber correos, mensajes, comunicaciones previas o posteriores que dicen algo así como le mando la nota crédito con el único propósito de que usted me pague prontamente lo que me adeuda, pero no estoy de acuerdo con la glosa"*.

²²⁹ Aclaraciones y complementaciones del 10 de diciembre de 2019, p. 31.

En relación con la factura 1481, con nota crédito No. 86, observó el perito:

*"No se observa documentos de memoria de socialización de la calificación a nivel general, solo se encuentra el documento de calificación por zona"*²³⁰.

En relación con la factura 1588, con nota crédito No. 91, observó el perito:

*"No se observa documento de calificación adjunto"*²³¹.

Con base en todo lo expuesto resulta procedente declarar que en relación con las facturas 1451 de 3 de julio de 2012, 1481 de 2 de agosto de 2012 y 1588 de 9 de octubre de 2019 las glosas no tienen justificación, no solo por la ausencia de un espacio o instancia en donde el contratista hubiese tenido la oportunidad de discutir las previamente o conciliarlas, sino también porque ellas fueron cuestionadas por **DELTA** a pesar de haber emitido notas de crédito en el afán de obtener de **NUEVA EPS** el pago oportuno de las facturas.

En consecuencia, condenará a **NUEVA EPS** a pagarle a **DELTA** los valores no pagados al amparo de las glosas formuladas a las tres facturas mencionadas.

Para la liquidación de los valores que corresponden a los descuentos por tales glosas, observa el Tribunal que obran en el expediente tres (3) notas créditos relacionadas con esas tres facturas, las cuales se precisan de la siguiente manera:

Nota crédito	Fecha	Según factura	Valor
No. 085	octubre 9 de 2012	1451	\$12.753.520.
No. 086	octubre 9 de 2012	1481	\$28.695.420
No. 091	diciembre 12 de 2012	1588	\$115.038.995
Total			\$156.487.935 ²³²

Adicionalmente, respecto de la factura 533 del 7 de septiembre de 2011 aparece en el plenario la nota crédito No. 065 de noviembre 1 de 2011 por valor de \$8.516.641.

²³⁰ Ibidem, p. 31.

²³¹ Ibidem, p. 32.

²³² Los valores de estas tres notas crédito coinciden con valores que aparecen en las aclaraciones y complementaciones al dictamen del 10 de diciembre de 2019. Valores que también aparecen en las aclaraciones y complementaciones al peritaje técnico y financiero del 5 de noviembre de 2019.

Al igual que en las tres facturas anteriores, no se observó que haya habido un procedimiento de aplicación de las glosas que le haya dado la oportunidad al contratista de expresar su inconformidad o de llegar a un acuerdo conciliatorio sobre ellas²³³.

Así lo mencionó también el dictamen respecto de la nota crédito No. 065 relacionada con esta factura:

"El soporte presentado para la aplicación de las glosas no contiene la descripción de las causas de las mismas ni los cálculos que soporten las bases porcentuales definidas para el descuento. Al aplicar los descuentos estipulados en la nota crédito detallados por Nueva EPS, se observa que para la IPS Partenón para el mes de julio de 2011, si bien estipula un descuento del 50% del valor fijo, en su cálculo descuenta el 100% del valor fijo. Por otra parte, se glosa sobre la parte fija, lo cual no corresponde al procedimiento estipulado en el contrato"²³⁴. (Subrayas del Tribunal).

En resumen, los valores dejados de pagar son los montos de las tres (3) notas crédito correspondientes a las facturas 1451, 1481 y 1588 y de una más correspondiente a la factura 533. Estas cuatro notas crédito suman un total de \$165.004.576.

En este orden de ideas, la pretensión sexta declarativa se abre camino parcialmente en la medida que prospera sólo respecto de las glosas a cuatro (4) facturas, esto es, la factura 533 del siete (7) de septiembre de 2011; la factura 1451 de tres (3) de julio de 2012; la factura 1481 de dos (2) de agosto de 2012 y la factura 1588 del nueve (9) de octubre de 2012 por cuanto las glosas formuladas y aplicadas a esas facturas no tienen justificación real y por ende **NUEVA EPS** debe pagarle **DELTA** los valores no pagados al amparo de dichas glosas.

En congruencia con la pretensión anterior la pretensión séptima de condena también prospera parcialmente en la medida en que se condenará a **NUEVA EPS** a pagarle a **DELTA** el valor de CIENTO SESENTA Y CINCO MILLONES CUATRO MIL QUINIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS (\$165.004.576) correspondientes al valor de cuatro notas crédito emitidas en razón de glosas injustificadas formuladas y aplicadas por la

²³³ En correo de Guillermo Enrique Sánchez de 14 de diciembre de 2011 respecto de la nota de crédito 065 se lee en su parte final: "[...] y por último, la glosa nunca se nos informó para revisar y conciliar como corresponde, sino que se informó para que la aplicáramos contablemente y soportáramos el descuento ya hecho por tesorería". Este correo se halla en los documentos soporte del dictamen de parte aportado al proceso.

En las aclaraciones y complementaciones al peritaje técnico y financiero de 10 diciembre respecto de unas glosas aplicadas a unas facturas dentro de las cuales se encuentra la factura 533 a la cual se está refiriendo el Tribunal, se lee: "Las glosas aplicadas a las facturas 2033, **533** y 568 no presentan soportes del cálculo realizado, ni el detalle de las fuentes de información tomadas ni la metodología definida para obtener las mediciones que conllevaron a la determinación de la glosa. [...] Las descripciones de las glosas aplicadas a las facturas 2033, **533** y 568 no corresponden con las variables y porcentajes definidos en el anexo 6 para la porción variable". Cuaderno de Pruebas No.2, p. 36 del dictamen. (Negrilla nuestra).

²³⁴ Aclaraciones del 10 de diciembre de 2019. Cuaderno de Pruebas No. 2, folio 420.

NUEVA EPS sobre las cuatro (4) facturas -referidas *supra*- radicadas por **DELTA**, valor que no ha sido restituido o pagado a ésta.

Por el contrario, la pretensión octava de condena referida al reclamo de intereses moratorios sobre los valores dejados de pagar por las glosas a las cuatro facturas precisadas *supra* no prospera por cuanto la determinación de la no justificación en su formulación y aplicación surge a partir de la ejecutoria del presente laudo. En otras palabras, es con este pronunciamiento arbitral que la carencia de justificación de las glosas, así como el no cumplimiento a un procedimiento contractual adquiere certeza, determinación y reconocimiento.

No obstante lo anterior, el Tribunal reconocerá la actualización del valor de cada una de las cuatro notas crédito emitidas con ocasión de las glosas aplicadas por Nueva EPS a las cuatro facturas precisadas. Dicha actualización se realizará desde el día siguiente a la fecha de cada una de las notas crédito referidas y hasta la fecha del presente laudo. Como se sabe, la jurisprudencia ha considerado de recibo la facultad del juez para disponer, aun ex officio, la revalorización de una suma de dinero por cuanto esta encausa el régimen de las relaciones jurídicas, máxime cuando en estas se advierte un contenido o significación patrimonial.

- (i) La nota crédito No. 65, respecto de la factura 533 del 7 de septiembre de 2011, por valor de \$8.516.641, de 1 de noviembre de 2011, se actualizará desde el 2 de noviembre de 2011 hasta la fecha del presente laudo.
- (ii) La nota crédito No. 085, respecto de la factura 1451 de 3 de julio de 2012, por valor de \$12.753.520, de 9 de octubre de 2012, se actualizará desde el 10 de octubre de 2012 hasta la fecha del presente laudo.
- (iii) La nota crédito No. 086, respecto de la factura 1481 de 2 de agosto de 2012, por valor de \$28.695.420, de 9 de octubre de 2012, se actualizará desde el 10 de octubre de 2012 hasta la fecha del presente laudo.
- (iv) La nota crédito No. 091, respecto de la factura 1588 del 9 de octubre de 2012, por valor de \$115.038.995, de 12 de diciembre de 2012, se actualizará desde el 13 de diciembre de 2012 hasta la fecha del presente laudo.

El Tribunal liquida enseguida la actualización monetaria de las 4 glosas, para lo cual aplica la fórmula antes mencionada, esto es:

$$\mathbf{VR = VH \times (IPC \text{ actual}/IPC \text{ inicial})}$$

1) Nota crédito No. 65

	Capital \$	Fecha Inicial	Fecha Final	IPC Inicial	IPC Final	Factor de cálculo	Indexación \$	Capital Actualizado \$
	a			b	c	d = c/b		e = a x d
	8.516.641,00	noviembre-11	febrero-20	75,77	104,24	1,3757		11.716.343
TOTALES	8.516.641,00						3.199.702	11.716.343

2) Nota crédito No. 085

	Capital \$	Fecha Inicial	Fecha Final	IPC Inicial	IPC Final	Factor de cálculo	Indexación \$	Capital Actualizado \$
	a			b	c	d = c/b		e = a x d
	12.753.520,00	octubre-12	febrero-20	77,96	104,24	1,3371		17.052.732
TOTALES	12.753.520,00						4.299.211	17.052.732

3) Nota crédito No. 086

	Capital \$	Fecha Inicial	Fecha Final	IPC Inicial	IPC Final	Factor de cálculo	Indexación \$	Capital Actualizado \$
	a			b	c	d = c/b		e = a x d
	28.695.420,00	octubre-12	febrero-20	77,96	104,24	1,3371		38.368.646
TOTALES	28.695.420,00						9.673.226	38.368.646

4) Nota crédito No. 091

	Capital \$	Fecha Inicial	Fecha Final	IPC Inicial	IPC Final	Factor de cálculo	Indexación \$	Capital Actualizado \$
	a			b	c	d = c/b		e = a x d
	115.038.995,00	diciembre-12	febrero-20	77,98	104,24	1,3368		153.784.129
TOTALES	115.038.995,00						38.745.133	153.784.129

En resumen, el valor actualizado del monto de las cuatro glosas, calculado hasta la fecha de este Laudo, es el siguiente:

GLOSA	Correspondiente a la Factura	Valor de la Glosa	Valor Indexación	Valor Total Indexado
No. 65, de 1º de noviembre de 2011	533 del 7 de septiembre de 2011	\$8.516.641	\$3.199.702	\$11.716.343
No. 085, de 9 de octubre de 2012	1451 de 3 de julio de 2012	\$12.753.520	\$4.299.211	\$17.052.732
No. 086, de 9 de octubre de 2012	1481 de 2 de agosto de 2012	\$28.695.420	9.673.226	38.368.646
No. 091, de 12 de diciembre de 2012	1588 del 9 de octubre de 2012	\$115.038.995	38.745.133	153.784.129
TOTALES		\$165.004.576	\$ 55.917.272	\$ 220.921.849

En relación con las excepciones propuestas por **NUEVA EPS**, dada la prosperidad parcial de las pretensiones sexta declarativa y séptima y octava de condena, el tribunal declarará no probada la excepción de *“Ausencia de vicio en relación con las notas crédito y facturas que fueron expedidas”* en razón precisamente de que las glosas que fueron el fundamento de la emisión de cuatro notas crédito, ya analizadas, han sido consideradas como injustificadas por las razones expuestas y por el no cumplimiento del procedimiento establecido en el contrato.

Como se sabe, el desconocimiento del efecto inicial de los contratos implica su incumplimiento por cuanto, como lo señala en el artículo 1602 del Código Civil *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes”*.

El desconocimiento del programa contractual, respecto de cláusulas básicas que regulan la relación jurídica entre las partes, implica su incumplimiento. Las glosas o descuentos a un valor facturado sin el respeto de un procedimiento contractualmente establecido, implicó, como se ha señalado, la violación del contrato.

En cuanto a la defensa que opuso **NUEVA EPS** y que denominó *“Confusión deliberada entre los regímenes de pago del componente variable y la aplicación de descuentos por razón de incumplimientos parciales o cumplimiento de los indicadores de gestión por metas y nivel de servicios”*, la demandada la sustentó en los siguientes argumentos:

“[L]a formulación de glosas, que fueron seguidas por la expedición de notas crédito de parte de Delta, se avino en todo momento al contrato, y sobre la base de la disponibilidad de la información, mucha de la cual debió tener fuente en el contratista, la que, por razones solo imputables a ella, no pocas veces no estuvo disponible. La prueba que se aporta con este escrito, así lo acredita. Para definir las glosas se aplicaba una calificación según formato, que en sus 6 ítems se tramitaba a nivel regional, que comprendía

una serie de reuniones entre el auditor designado por Delta para la regional y el representante de Nueva EPS. Como resultado de esta revisión conjunta se dejaba constancia de un acta firmada por los intervinientes. Posteriormente, estos documentos eran enviados a la dirección nacional de Nueva en donde se calificaban los ítems restantes y se consolidaba la información. Una vez se tenía un ponderado final, se enviaba ese resultado a los equipos de auditoría, y cuando resultaba aplicable un descuento se gestionaba con Delta la expedición de la respectiva Nota Crédito”²³⁵.

El demandante, por su parte, sostuvo en sus alegatos de conclusión que esta excepción no era procedente porque se demostró que *“las glosas o descuentos a la facturación no correspondían a las circunstancias indicadas por el Contrato y sus Anexos Técnicos, tal como indicó el Dictamen Técnico Financiero. [...] no es cierto, como lo manifestó la Demandada que estos descuentos o glosas hayan sido generados conforme al procedimiento que se describe en la excepción, máxime cuando el propio Dictamen de Oficio evidenció que no se siguió un procedimiento estandarizado”²³⁶*

El Tribunal no encuentra probada la excepción que opone la demandada, porque, en esencia, no aparece acreditado en el plenario el cumplimiento del procedimiento para la aplicación de glosas; porque, derivado de ello, el contratista no pudo cuestionar las glosas aplicadas y porque si bien las notas crédito fueron emitidas por el contratista él advirtió que lo hacía para que las facturas por la prestación de sus servicios se pagaran prontamente.

Si bien el Tribunal no reconoció el desembolso del valor de cuatro notas crédito esto se hace por cuanto mediante conciliación posterior, el contratista aceptó el valor de esos descuentos (acta del 2 de agosto de 2012). Pero dicha acta no tiene la fuerza para desconocer la necesidad del cumplimiento de un procedimiento que le diese la oportunidad al contratista de cuestionar las glosas o descuentos que el contratante le formulara. Por ello esta excepción no se halla probada en el presente proceso.

Además, quedó probado que la glosa a la factura 533 se aplicó a la parte fija del contrato y no a la parte variable y que en el dictamen de oficio de carácter financiero se señaló que *“en el contrato no se observa que se haga alusión a la posibilidad de generar notas de crédito sobre el componente de ponderación fija”²³⁷*. Y en el mismo dictamen respecto del procedimiento se sostiene que no se había observado un proceso estandarizado y que no existía una correlación entre lo glosado y lo

²³⁵ Escrito de respuesta de demanda, p. 63 y 64.

²³⁶ Alegatos de conclusión, p. 101.

²³⁷ Dictamen técnico y financiero del 13 de septiembre de 2019, p. 43.

establecido en el contrato. Por todas estas razones, esta excepción no se encontró demostrada.

5.5. Novena pretensión declarativa de la demanda, décima y décima primera consecuenciales de condena – Excepciones contra las pretensiones novena, décima y décima primera.

En lo referente al pago tardío de facturas, se transcriben las pretensiones relacionadas en la demanda:

"Novena, Declarativa: Que se declare que NUEVA EPS incurrió en mora en el pago de las siguientes facturas en favor de DELTA A SALUD:

No. Factura	VALOR FACTURA	Fecha Radicación	Fecha de vencimiento	Fecha de pago
2017	286.987.888,00	27/10/2010	07/11/2010	09/11/2010
2022	122.994.809,28	10/11/2010	09/12/2010	30/12/2010
2028	286.987.888,00	10/12/2010	09/01/2011	20/01/2011
2032	122.994.809,28	23/12/2010	07/02/2011	15/03/2011
2033	286.987.888,32	23/12/2010	07/02/2011	16/02/2011
2041	277.889.136,00	07/02/2011	06/03/2011	17/03/2011
2042	119.095.344,00	07/02/2011	06/03/2011	19/04/2011
2053	125.022.619,20	09/03/2011	09/04/2011	19/05/2011
2054	291.719.444,80	09/03/2011	09/04/2011	19/04/2011
2067	122.724.288,00	08/04/2011	07/05/2011	21/06/2011
2069	286.356.672,00	08/04/2011	07/05/2011	21/06/2011
2080	122.724.288,00	03/03/2011	02/06/2011	21/06/2011
2098	286.356.672,00	07/06/2011	06/07/2011	19/07/2011
2099	122.724.288,00	07/06/2011	06/07/2011	19/08/2011
2106	122.724.288,00	07/07/2011	06/08/2011	19/08/2011
2107	286.356.672,00	07/07/2011	06/08/2011	19/08/2011
443	128.002.288,00	04/08/2011	07/09/2011	19/09/2011
444	298.672.005,72	04/08/2011	03/09/2011	19/09/2011
533	318.471.596,80	07/09/2011	07/10/2011	26/10/2011
534	136.487.827,20	07/09/2011	07/10/2011	26/10/2011
1040	330.033.632,32	06/12/2011	05/01/2012	23/01/2012
1041	141.442.950,48	06/12/2011	05/01/2012	23/01/2012
1058	330.033.632,32	29/12/2011	28/01/2012	02/02/2012
1059	141.442.950,48	29/12/2011	28/01/2012	02/02/2012
1110	249.269.285,40	03/02/2012	04/03/2012	28/06/2012
1111	249.269.285,40	03/02/2012	04/03/2012	13/04/2012
1147	248.079.548,80	02/03/2012	01/04/2012	05/07/2012
1148	248.079.548,80	02/03/2012	01/04/2012	05/07/2012
1291	242.505.963,40	03/04/2012	03/05/2012	01/06/2012
1292	242.505.963,40	03/04/2012	03/05/2012	25/09/2012
1336	268.494.345,88	25/05/2012	06/06/2012	18/06/2012
1337	268.494.345,88	25/05/2012	06/06/2012	25/09/2012
1446	274.860.342,36	06/06/2012	05/07/2012	04/09/2012
1447	274.860.342,36	06/06/2012	05/07/2012	23/08/2012
1451	274.860.342,36	03/07/2012	02/08/2012	23/11/2012
1452	274.860.342,36	04/07/2012	02/08/2012	06/08/2012

1480	274.860.342,36	02/08/2012	01/09/2012	25/09/2012
1481	274.860.342,36	02/08/2012	01/09/2012	23/11/2012
1516	274.860.342,36	03/09/2012	03/10/2012	02/01/2013
1517	274.860.342,36	03/09/2012	03/10/2012	19/10/2012
2108	186.789.729,64	08/07/2011	25/07/2011	19/09/2011
2015	54.664.360,00	08/10/2010	07/11/2010	09/11/2010
446	118.709.737,96	04/08/2011	03/09/2011	19/09/2011
532	89.478.726,28	07/09/2011	07/10/2011	19/10/2011
567	60.989.561,28	06/10/2011	04/11/2011	22/12/2011
568	323.345.133,80	05/10/2011	04/11/2011	29/11/2011
569	139.063.277,76	06/10/2011	05/11/2011	23/12/2011
630	136.824.329,28	04/11/2011	04/12/2011	23/12/2011
631	319.256.768,32	04/11/2011	04/12/2011	23/01/2012
632	88.154.195,36	04/11/2011	04/12/2011	23/01/2012
1042	92.468.787,52	06/12/2011	05/01/2012	23/01/2012
1060	81.322.521,52	03/01/2012	28/01/2012	02/02/2012
1112	86.640.939,40	03/02/2012	04/03/2012	21/03/2012
1293	60.537.733,16	03/04/2012	03/05/2012	10/05/2012
1448	73.383.791,24	05/05/2012	04/06/2012	04/07/2012
1453	80.242.763,36	05/07/2012	04/08/2012	31/08/2012
1489	67.325.614,68	06/08/2012	05/09/2012	19/10/2012
1588	664.759.680,40	10/10/2012	08/11/2012	02/01/2013
1518	80.109.604,64	06/09/2012	06/10/2012	19/10/2012

"Décima, de Condena: Que se condene a NUEVA EPS al pago de los intereses moratorios derivados del pago tardío de las facturas, por un valor total de TRESCIENTOS NOVENTA MILLONES SEISCIENTOS VEINTITRÉS MIL CIENTO NOVENTA Y TRES PESOS CON CUARENTA Y TRES CENTAVOS M/Cte. (\$390.623.193,43) liquidados al (28) de febrero de 2017, los cuales se discriminan en la siguiente tabla, o al pago del valor que se demuestre en el Proceso y hasta la fecha efectiva de pago:

No. de Factura	Valor de la Factura	Valor intereses moratorios a febrero de 2017
2017	286.987.888,00	335.264,75
2022	122.994.809,28	1.508.691,40
2028	286.987.888,00	2.025.584,10
2032	122.994.809,28	2.841.079,00
2033	286.987.888,32	1.657.296,08
2041	277.889.136,00	1.961.364,36
2042	119.095.344,00	3.555.762,80
2053	125.022.619,20	3.636.274,32
2054	291.719.444,80	2.121.160,02
2067	122.724.288,00	4.015.605,95
2069	286.356.672,00	9.369.747,22
2080	122.724.288,00	1.695.478,07
2098	286.356.672,00	2.850.621,83
2099	122.724.288,00	4.134.967,93
2106	122.724.288,00	1.221.695,07
2107	286.356.672,00	2.850.621,83
443	128.002.288,00	1.176.218,28
444	298.672.005,72	3.659.345,78
533	318.471.596,80	4.822.532,50
534	136.487.827,20	2.066.799,64
1040	330.033.632,32	4.849.871,28
1041	141.442.950,48	2.078.515,75

1058	330.033.632,32	1.347.186,47
1059	141.442.950,48	577.365,49
1110	249.269.285,40	24.151.741,93
1111	249.269.285,40	8.219.756,85
1147	248.079.548,80	19.837.213,43
1148	248.079.548,80	19.837.213,43
1291	242.505.963,40	5.914.362,65
1292	242.505.963,40	29.865.802,04
1336	268.494.345,88	2.709.592,12
1337	268.494.345,88	25.389.221,49
1446	274.860.342,36	14.312.197,23
1447	274.860.342,36	11.514.170,10
1451	274.860.342,36	26.573.362,72
1452	274.860.342,36	939.932,25
1480	274.860.342,36	5.639.593,52
1481	274.860.342,36	19.523.870,83
1516	274.860.342,36	21.415.755,41
1517	274.860.342,36	3.765.736,89
2108	186.789.729,64	8.009.953,01
2015	54.664.360,00	63.859,95
446	118.709.737,96	1.454.438,21
532	89.478.726,28	855.759,83
567	60.989.561,28	2.333.176,55
568	323.345.133,80	6.442.541,06
569	139.063.277,76	5.319.913,32
630	136.824.329,28	2.071.895,21
631	319.256.768,32	12.864.668,36
632	88.154.195,36	3.552.233,19
1042	92.468.787,52	1.358.836,41
1060	81.322.521,52	331.955,87
1112	86.640.939,40	1.202.462,61
1293	60.537.733,16	356.378,69
1448	73.383.791,24	1.855.527,21
1453	80.242.763,36	1.852.226,61
1489	67.325.614,68	2.534.294,33
1588	664.759.680,40	31.302.744,64
1518	80.109.604,64	891.755,60
	<i>Total</i>	390'623.193,43

"Décima primera: Que se condene a NUEVA EPS al pago de OCHENTA MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS CON SETENTA Y CINCO CENTAVOS (COP \$80.857.358,75), o al pago del valor que efectivamente se demuestre, por concepto de índice de precios al consumidor (IPC) aplicable a las facturas pagadas con fechas posteriores a su vencimiento.

5.5.1. El litigio en este aspecto de la controversia:

Alega la convocante que **NUEVA EPS** incurrió en mora por el pago tardío de 59 facturas a lo largo de la relación contractual, a pesar de haber solicitado su pago oportuno en numerosas comunicaciones. De igual forma, manifiesta que **NUEVA EPS** no remitió las actas de calificación requeridas para conciliar el valor del componente

variable en algunas ocasiones, situación que le servía de excusa para no hacer los pagos a que estaba obligada. Lo anterior se expresó de la siguiente forma:

*"Como usted puede apreciar, por los mails de abajo, a pesar de que Delta A Salud solicitó de manera oportuna las calificaciones por los meses de junio, julio y agosto, estas no han sido remitidas por la Nueva EPS, por causas ajenas a Delta A Salud [...]"*²³⁸

En respuesta, **NUEVA EPS** refiere que la falta de pago tenía motivo en la falta de conciliación a cargo de **DELTA**, lo cual impedía establecer los insumos finales para el cálculo de la remuneración debida. A su vez, se opone a las pretensiones de la demandante alegando la "*excepción de contrato no cumplido*", indicando que el pacto contractual le imponía presentar las facturas en un determinado plazo de tiempo, acompañadas del anexo que acreditara el cumplimiento del derecho al pago del factor variable. Que, no obstante, tal anexo no fue entregado por lo cual **NUEVA EPS** no incurrió en mora en el pago de los servicios, pues el actor no cumplió con la carga que contractualmente se le imponía.

Frente a lo anterior, se pronunció la convocante en el traslado de las excepciones, mencionando que no se configura la excepción de contrato no cumplido porque la EPS nunca manifestó su inconformidad respecto de cómo estaban siendo radicadas las facturas, por lo cual, si no son rechazadas expresamente, se entienden irrevocablemente aceptadas, de conformidad al artículo 773 del Código de Comercio.

Sumada a la "*Excepción de contrato no cumplido*", la convocada propone otra denominada "*plazo para el pago de facturas*" según la cual el plazo contractualmente pactado solo podría ser contabilizado a partir del día siguiente a su radicación y después de haberse efectuado la revisión de los anexos que debían acompañar las facturas.

En respuesta, señala **DELTA** en el traslado, que **NUEVA EPS** olvida que el contrato establecía que la factura vencía luego de 30 días de ser aceptada, por lo que no puede ahora excusarse en que **NUEVA EPS** debía hacer verificaciones previas para luego pagar la factura obviando el plazo contractual fijado.

Finalmente, la convocada dice que se dio "*purga de la mora*" afirmando que **DELTA**, en vigencia del contrato, reclamó el retardo en el pago de algunas facturas, las que una vez solventadas fueron tenidas por la actora como pago total y definitivo del capital adeudado, pues en comunicaciones posteriores omitió reclamar el pago de intereses de mora por las facturas que se iban pagando.

²³⁸ P.179, Anexos de la Demanda [Prueba 20].

En contraposición alega la convocante que no existe purga de la mora pues **DELTA** manifestó a lo largo de todo el contrato que existía mora en el pago de las facturas por parte de **NUEVA EPS** a pesar de los pagos parciales y extemporáneos que hacía.

5.5.2. Hechos probados sobre este aspecto de la controversia:

Observa el Tribunal que en lo que respecta al procedimiento para el pago, el parágrafo primero de la cláusula 6 del contrato estipulaba que *"la factura debe presentarse por el 100%"* la cual *"debe presentarse detallada por IPS en cuanto al Monto Fijo, y un anexo donde se evidencie el cumplimiento del valor variable"* ²³⁹.

No obstante, este modelo de presentación para el pago fue cambiado durante la ejecución, así lo muestran las aclaraciones del dictamen pericial que indican que

"3. Para el año 2012, se incluye dentro del Anexo 3 del contrato 134-10 denominado ANEXO TÉCNICO, el numeral 11, reconocimiento económico que dice:

'El reconocimiento económico por la actividad de auditoria se distribuirá de la siguiente manera: 50% valor fijo que se reconocerá mensualmente, el 50% restante se reconocerá por la gestión y se avalará de acuerdo con la calificación asignada en cada una de las siguientes variables`

Además, se cambia la forma de facturar así:

"El cobro de los servicios de auditoria deberá ser radicado mensualmente en dos facturas; una por el valor definido como monto fijo y la segunda por el valor autorizado acorde con la ponderación para el monto variable asignado por las instancias correspondientes " ²⁴⁰

Una vez presentadas las facturas, estipula el parágrafo primero de la cláusula sexta que

"NUEVA EPS pagará el valor de la factura dentro de los treinta (30) días siguientes a la radicación, previa verificación sobre el contenido de la misma y los soportes obligatorios, mediante transferencia bancaria en la cuenta que indique EL CONTRATISTA"

Frente a las obligaciones recién expuestas, observa el Tribunal que conforme al material probatorio aportado por las partes, **DELTA** presentaba las facturas cada mes

²³⁹ P.3, Contrato; p.26 de los anexos de la demanda.

²⁴⁰ Ibídem. Anexo Técnico No.2 de 2012.

según los porcentajes pactados, es decir una factura por el factor fijo y otra por el variable. Sin embargo, constata que no hay prueba acerca de los anexos que **DELTA** hubiera presentado para acreditar el cumplimiento de los indicadores del factor variable.

A pesar de lo anterior, en el expediente tampoco se advierte prueba alguna con respecto a que **NUEVA EPS** hubiera exigido la presentación de tales anexos que acreditaran el cumplimiento de los indicadores del valor variable o que hubiera reclamado por la ausencia de ellos.

Lo anterior permite constatar la configuración de la circunstancia descrita en el inciso tercero del artículo 773 del Código de Comercio, el cual señala que

"La factura se considera irrevocablemente aceptada por el comprador o beneficiario del servicio, si no reclamare en contra de su contenido, bien sea mediante devolución de la misma y de los documentos de despacho, según el caso, o bien mediante reclamo escrito dirigido al emisor o tenedor del título, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su recepción."

Por lo referido anteriormente, las excepciones denominadas "excepción de contrato no cumplido" y "plazo para el pago de las facturas" no se encuentran probadas.

Ahora bien, constata el Tribunal que la convocante envió en reiteradas ocasiones comunicaciones a **NUEVA EPS** en las cuales le solicitaba el pago de las facturas adeudadas.

Al respecto, se trae a colación el correo de 23 de mayo de 2012²⁴¹, donde se le informa a **NUEVA EPS** que, para esa fecha, la EPS le debía la suma de mil doscientos setenta y cuatro millones quinientos sesenta y siete mil trescientos cincuenta y ocho pesos (\$1.274.567.359), y que de las facturas que representan esa suma estaban vencidas las número 1110, 1147, 1292 y 1291, que en conjunto tenían un valor de setecientos setenta y seis millones ciento veintinueve mil cuatrocientos setenta y un pesos (\$776.129.471), algunas de las cuales tenían más de 110 días de mora. Esto fue reiterado nuevamente en correo de 30 de mayo de 2012²⁴²

Más adelante **DELTA** remitió comunicación de 4 de julio de 2012²⁴³, informando el retraso en el pago de las facturas que corresponden a los meses de enero, febrero, marzo y abril de 2012. Nuevamente, mediante correo electrónico de 29 de agosto de

²⁴¹ P.140, Anexos de la Demanda [Prueba 8].

²⁴² P.143, Anexos de la Demanda [Prueba 9].

²⁴³ P.159, Anexos de la Demanda [Prueba 14].

2012²⁴⁴ solicita el pago de la totalidad de facturas vencidas hasta la fecha. Días más tarde, el 11 de septiembre de 2012²⁴⁵, remite comunicación mencionando que a la fecha **NUEVA EPS** le adeuda la suma de dos mil treinta y dos millones setecientos treinta y siete mil doscientos cuarenta pesos (\$2.032.737.240), de la cual mil cuatrocientos dos millones novecientos seis mil novecientos cincuenta y un pesos (\$1.402.906.951) corresponden a facturas vencidas, algunas de las cuales tenían más de 130 días de mora.

Seguidamente el 21 de septiembre de 2012²⁴⁶ **DELTA** se comunicó solicitando el pago de facturas por valor de mil ciento veintisiete millones cuatrocientos sesenta y tres mil diez pesos (\$1.127.463.010), algunas con más de 141 días de mora. Luego, el 8 de octubre de 2012²⁴⁷ solicitó el pago de las facturas 1451, 1481, 1489, 1516, 1517 y 1518.

Al respecto se observa que **NUEVA EPS** en reiteradas oportunidades manifestó que la falta de pago obedecía a que no se habían efectuado las conciliaciones pertinentes para el pago del factor variable de las facturas, conciliaciones para las que **DELTA** siempre estuvo presta pues el incumplimiento en el pago de estas le estaba generando grandes perjuicios. En esa comunicación manifiesta la convocante que **NUEVA EPS** no remitía las calificaciones requeridas para conciliar el valor del componente variable en tiempo.

Más adelante, el 19 de octubre de 2012²⁴⁸, la convocante solicitó a **NUEVA EPS** que agilizara el pago de las facturas que adeudaba. Después el 2 de noviembre de 2012²⁴⁹, solicitó el pago de las facturas 1451, 1481 y 1516, cada una por valor de doscientos setenta y cuatro millones ochocientos sesenta mil trescientos cuarenta y dos pesos (\$274.860.342), las cuales tenían 92, 62 y 30 días de vencimiento, respectivamente. Seguidamente, reiteró el contenido de la anterior comunicación el 16 de noviembre de 2012²⁵⁰ y el 22 de noviembre del mismo año²⁵¹.

Ante la evidencia de las comunicaciones referidas, el Tribunal observa que las reclamaciones se efectuaban con motivo de las facturas que a la fecha de la comunicación no habían sido canceladas, sin que ello implicara la renuncia de **DELTA**

²⁴⁴ P.162, Anexos de la Demanda [Prueba 15].

²⁴⁵ P.170, Anexos de la Demanda [Prueba 17].

²⁴⁶ P.175, Anexos de la Demanda [Prueba 18].

²⁴⁷ P.179, Anexos de la Demanda [Prueba 20].

²⁴⁸ Página 186, Anexos de la Demanda [Prueba 22].

²⁴⁹ Página 195, Anexos de la Demanda [Prueba 25].

²⁵⁰ Página 232, Anexos de la Demanda [Prueba 27].

²⁵¹ Página 235, Anexos de la Demanda [Prueba 28].

al derecho de reclamación por mora como acreedora de **NUEVA EPS**. Por lo anterior, la excepción denominada “*purga de la mora*” no se encuentra probada.

El Tribunal precisa que, según el dictamen pericial de **ÍNTEGRA**, la Factura N° 1060 se pagó el día previsto para ello y la N° 1488 dos días antes de su vencimiento, es decir que respecto de éstas no existió mora. En razón de lo anterior, sólo se liquidan intereses moratorios sobre las demás facturas pagadas tardíamente y relacionadas en la demanda, así:

N°	Factura	Fecha de radicación	Valor Total \$	Fecha de vencimiento Cto: a 30 días de su radicación	Fecha de pago	Diferencia en días Vencimiento - Pago	Intereses Moratorios \$
1	2015	8-10-2010	54.664.360	7-11-2010	9-11-2010	2	58.344
2	2017	27-10-2010	286.987.888	7-11-2010	9-11-2010	2	306.305
3	2022	10-11-2010	122.994.809	9-12-2010	30-12-2010	21	1.378.374
4	2028	10-12-2010	286.987.888	9-1-2011	20-01-2011	11	1.835.632
5	2032	23-12-2010	122.994.809	7-02-2011	15-3-2011	36	2.574.652
6	2033	23-12-2010	286.987.888	7-02-2011	16-2-2011	9	1.501.880
7	2041	7-2-2011	277.889.136	6-3-2011	17-3-2011	11	1.777.434
8	2042	7-2-2011	119.095.344	6-3-2011	19-4-2011	44	3.047.030
9	2053	9-3-2011	125.022.619	9-4-2011	19-5-2011	40	3.256.367
10	2054	9-3-2011	291.719.445	9-4-2011	19-4-2011	10	1.899.548
11	2067	8-4-2011	122.724.288	7-5-2011	21-6-2011	45	3.596.067
12	2069	8-4-2011	286.356.672	7-5-2011	21-6-2011	45	8.390.824
13	2080	3-5-2011	122.724.288	2-6-2011	21-6-2011	19	1.518.340
14	2098	7-6-2011	286.356.672	6-7-2011	19-7-2011	13	2.539.328
15	2099	7-6-2011	122.724.288	6-7-2011	19-8-2011	44	3.683.421
16	2106	7-7-2011	122.724.288	6-8-2011	19-8-2011	13	1.088.284
17	2107	7-7-2011	286.356.672	6-8-2011	19-8-2011	13	2.539.328
18	2108	8-7-2011	186.789.730	25-7-2011	19-9-2011	56	7.135.250
19	443	4-08-2011	128.002.288	7-09-2011	19-9-2011	12	1.047.773
20	444	4-08-2011	298.672.006	3-09-2011	19-9-2011	16	3.259.738
21	446	4-08-2011	118.709.738	3-09-2011	19-9-2011	16	1.295.611
22	532	7-09-2011	89.478.726	7-10-2011	19-10-2011	12	759.082
23	533	7-09-2011	318.471.597	7-10-2011	26-10-2011	19	4.277.715
24	534	7-09-2011	136.487.827	7-10-2011	26-10-2011	19	1.833.306
25	567	6-10-2011	60.989.561	4-11-2011	22-12-2011	48	2.069.590
26	568	6-10-2011	323.345.134	5-11-2011	29-11-2011	24	5.486.117
27	569	6-10-2011	139.063.278	5-11-2011	23-12-2011	48	4.718.905
28	630	4-11-2011	136.824.329	4-12-2011	23-12-2011	19	1.837.826

29	631	4-11-2011	319.256.768	4-12-2011	23-01-2012	50	11.284.898
30	632	4-11-2011	88.154.195	4-12-2011	23-01-2012	50	3.116.022
31	1040	6-12-2011	330.033.632	5-01-2012	23-01-2012	18	4.301.804
32	1041	6-12-2011	141.442.950	5-01-2012	23-01-2012	18	1.843.630
33	1042	6-12-2011	92.468.788	5-01-2012	23-01-2012	18	1.205.279
34	1058	29-12-2011	330.033.632	28-01-2012	2-2-2012	5	1.194.946
35	1059	29-12-2011	141.442.950	28-01-2012	2-2-2012	5	512.119
36	1110	3-2-2012	249.269.285	4-3-2012	28-6-2012	116	20.938.555
37	1111	3-2-2012	249.269.285	4-3-2012	13-4-2012	40	7.220.191
38	1112	3-2-2012	86.640.939	4-3-2012	21-3-2012	17	1.066.577
39	1147	2-3-2012	248.079.549	1-4-2012	5-7-2012	95	17.521.945
40	1148	2-3-2012	248.079.549	1-4-2012	23-4-2012	22	4.057.714
41	1291	3-4-2012	242.505.963	3-5-2012	1-6-2012	29	5.228.633
42	1292	3-4-2012	242.505.963	3-5-2012	25-9-2012	145	26.143.165
43	1293	3-4-2012	60.537.733	3-5-2012	10-5-2012	7	315.059
44	1336	25-5-2012	268.494.346	6-6-2012	18-7-2012	42	8.384.018
45	1337	25-5-2012	268.494.346	6-6-2012	25-9-2012	111	22.157.761
46	1446	6-6-2012	274.860.342	5-7-2012	4-9-2012	61	12.648.357
47	1447	6-6-2012	274.860.342	5-7-2012	23-8-2012	49	10.160.156
48	1451	3-7-2012	274.860.342	2-08-2012	23-11-2012	113	23.430.563
49	1452	3-7-2012	274.860.342	2-08-2012	6-8-2012	4	829.400
50	1453	5-7-2012	80.242.763	5-8-2012	31-8-2012	26	1.573.879
51	1480	2-08-2012	274.860.342	1-9-2012	25-9-2012	24	4.976.403
52	1481	2-08-2012	274.860.342	1-9-2012	23-11-2012	83	17.210.060
53	1489	6-8-2012	67.325.615	5-9-2012	19-10-2012	44	2.234.731
54	1516	3-9-2012	274.860.342	3-10-2012	2-1-2013	91	18.892.884
55	1517	4-9-2012	274.860.342	3-10-2012	19-10-2012	16	3.321.826
56	1518	6-9-2012	80.109.605	6-10-2012	19-10-2012	13	786.634
57	1588	10-10-2012	664.759.680	9-11-2012	2-1-2013	54	27.114.600
INTERESES TOTALES							\$334.383.879

Ahora bien, respecto de las facturas adeudadas, el dictamen pericial comprueba la existencia de mora en el pago de 57 de las 59 facturas relacionadas en la demanda²⁵², lo cual arroja la suma de **\$334.383.879**. En contraste, la demandante reclama el pago de **\$390'623.193,43** por el mismo concepto. No obstante lo anterior, el

²⁵² Se advierte que en la pretensión Novena de la demanda se relacionaron 59 facturas como pagadas tardíamente; sin embargo, en el dictamen pericial se estableció que la Factura N° 1060 fue pagada oportunamente y la N° 1488 fue pagada 2 días antes de la fecha prevista para ello.

Tribunal se limitará al reconocimiento de la suma que se ha encontrado probada, según quedo demostrado en el dictamen de **ÍNTegra**.

Como corolario de lo anterior, el Tribunal declarará la prosperidad de la pretensión novena declarativa, y accederá a la pretensión décima consecuencial de condena, y como resultado de la prosperidad de las anteriores, procederá a declarar la prosperidad de la pretensión décima primera, condenando al pago del valor correspondiente al ajuste de precios al consumidor calculado a la fecha de emisión del laudo.

Considera pertinente el Tribunal aclarar que el ajuste del valor de los intereses moratorios según el incremento en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) ²⁵³, no son circunstancias excluyentes, por cuanto la actualización monetaria se realizará sobre el valor que corresponde a los intereses moratorios liquidados y no pagados, más no de manera concurrente para la liquidación de los intereses.

De esta manera, en cuanto a la actualización o indexación de los intereses moratorios que han debido serle pagados a DELTA con ocasión del pago tardío de las facturas, el Tribunal puntualiza que, estando concretados los montos correspondientes y establecida la fecha en que se causó su pago, procede la indexación de las sumas en cuestión, pero calculada a partir de la fecha en que han debido ser satisfechos los intereses en cuestión, pues, en línea con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 8 de marzo de 2017, atrás referida, *"La corrección monetaria -o indexación- es una remuneración equitativa y razonable para contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo del dinero por la inflación (...) [pues] sin ese mecanismo, [se] impondría al acreedor la recepción de un dinero envilecido por la merma de su valor real [siendo] menester que la traída a valor presente... cubije todo el tiempo en que estuvieron sujetas a la depreciación por causa de la inflación"*.

Así, entonces, la indexación aquí decretada y calculada sobre los intereses que no fueron pagados y únicamente a partir del momento en que estos han debido ser cancelados, simple y llanamente, atiende el propósito de tal institución, sin que pueda predicarse que se trata de circunstancias excluyentes (intereses más corrección monetaria), pues, se repite, la indexación solo repara el demérito del poder adquisitivo del dinero durante el lapso comprendido entre la fecha de exigibilidad de los intereses y el momento en que han sido calculados, lo cual, por supuesto, determina que no quepa argumentar concurrencia entre la sanción por mora,

²⁵³ De conformidad con lo establecido por el artículo 180 del CGP *"Todos los indicadores económicos nacionales se consideran hechos notorios"*.

circunscrita a una fecha determinada, y la actualización de lo debido a partir de aquella.

Para el efecto el Tribunal hace los cálculos de la actualización monetaria hasta la fecha del Laudo, así:

Nº	Número de factura	Valor a indexar interés moratorio	Fecha de pago	Fecha del laudo	IPC inicial = fecha de pago de factura	IPC final ene 2020 fecha Laudo	Factor IPC	Indexación IPC a feb 2020	vr. indexado IPC a feb 2020
1	2015	58.344	09/11/2010	20-feb-20	72,98	104,24	1,4283	24.991	83.335
2	2017	\$ 306.305	09/11/2010	20-feb-20	72,98	104,24	1,4283	131.202	437.507
3	2022	\$ 1.378.374	30/12/2010	20-feb-20	73,45	104,24	1,4192	577.810	1.956.184
4	2028	\$ 1.835.632	20/01/2011	20-feb-20	74,12	104,24	1,4064	745.942	2.581.574
5	2032	2.574.652	15/03/2011	20-feb-20	74,77	104,24	1,3941	1.014.779	3.589.431
6	2033	\$ 1.501.880	16/02/2011	20-feb-20	74,57	104,24	1,3979	597.570	2.099.450
7	2041	\$ 1.777.434	17/03/2011	20-feb-20	74,77	104,24	1,3941	700.561	2.477.995
8	2042	\$ 3.047.030	19/04/2011	20-feb-20	74,86	104,24	1,3925	1.195.855	4.242.885
9	2053	\$ 3.256.367	19/05/2011	20-feb-20	75,07	104,24	1,3886	1.265.329	4.521.696
10	2054	\$ 1.899.548	19/04/2011	20-feb-20	74,86	104,24	1,3925	745.508	2.645.056
11	2067	\$ 3.596.067	21/06/2011	20-feb-20	75,31	104,24	1,3841	1.381.413	4.977.480
12	2069	\$ 8.390.824	21/06/2011	20-feb-20	75,31	104,24	1,3841	3.223.298	11.614.122
13	2080	\$ 1.518.340	21/06/2011	20-feb-20	75,31	104,24	1,3841	583.264	2.101.604
14	2098	\$ 2.539.328	19/07/2011	20-feb-20	75,42	104,24	1,3821	970.345	3.509.673
15	2099	\$ 3.683.421	19/08/2011	20-feb-20	75,39	104,24	1,3827	1.409.560	5.092.981
16	2106	\$ 1.088.284	19/08/2011	20-feb-20	75,39	104,24	1,3827	416.461	1.504.745
17	2107	\$ 2.539.328	19/08/2011	20-feb-20	75,39	104,24	1,3827	971.742	3.511.070
18	2108	\$ 7.135.250	19/09/2011	20-feb-20	75,62	104,24	1,3785	2.700.487	9.835.737
19	443	\$ 1.047.773	19/09/2011	20-feb-20	75,62	104,24	1,3785	396.552	1.444.325
20	444	\$ 3.259.738	19/09/2011	20-feb-20	75,62	104,24	1,3785	1.233.717	4.493.455
21	446	\$ 1.295.611	19/09/2011	20-feb-20	75,62	104,24	1,3785	490.352	1.785.963
22	532	\$ 759.082	19/10/2011	20-feb-20	75,77	104,24	1,3757	285.219	1.044.301
23	533	\$ 4.277.715	26/10/2011	20-feb-20	75,77	104,24	1,3757	1.607.319	5.885.034
24	534	\$ 1.833.306	26/10/2011	20-feb-20	75,77	104,24	1,3757	688.851	2.522.157
25	567	\$ 2.069.590	22/12/2011	20-feb-20	76,19	104,24	1,3682	761.937	2.831.527
26	568	\$ 5.486.117	29/11/2011	20-feb-20	75,87	104,24	1,3739	2.051.419	7.537.536
27	569	\$ 4.718.905	23/12/2011	20-feb-20	76,19	104,24	1,3682	1.737.305	6.456.210
28	630	\$ 1.837.826	23/12/2011	20-feb-20	76,19	104,24	1,3682	676.611	2.514.437
29	631	\$ 11.284.898	23/01/2012	20-feb-20	76,75	104,24	1,3582	4.041.978	15.326.876
30	632	\$ 3.116.022	23/01/2012	20-feb-20	76,75	104,24	1,3582	1.116.084	4.232.106
31	1040	\$ 4.301.804	23/01/2012	20-feb-20	76,75	104,24	1,3582	1.540.803	5.842.607
32	1041	\$ 1.843.630	23/01/2012	20-feb-20	76,75	104,24	1,3582	660.344	2.503.974
33	1042	\$ 1.205.279	23/01/2012	20-feb-20	76,75	104,24	1,3582	431.702	1.636.981
34	1058	\$ 1.194.946	02/02/2012	20-feb-20	77,22	104,24	1,3499	418.123	1.613.069
35	1059	\$ 512.119	02/02/2012	20-feb-20	77,22	104,24	1,3499	179.195	691.314
36	1110	\$ 20.938.555	28/06/2012	20-feb-20	77,72	104,24	1,3412	7.144.757	28.083.312

37	1111	\$ 7.220.191	134-2012	20-feb-20	77,42	104,24	1,3464	2.501.234	9.721.425
38	1112	\$ 1.066.577	21/03/2012	20-feb-20	77,31	104,24	1,3483	371.529	1.438.106
39	1147	\$ 17.521.945	05/07/2012	20-feb-20	77,70	104,24	1,3416	5.984.973	23.506.918
40	1148	\$ 4.057.714	23/04/2012	20-feb-20	77,42	104,24	1,3464	1.405.682	5.463.396
41	1291	\$ 5.228.633	01/06/2012	20-feb-20	77,72	104,24	1,3412	1.784.140	7.012.773
42	1292	\$ 26.143.165	25/09/2012	20-feb-20	77,96	104,24	1,3371	8.812.755	34.955.920
43	1293	\$ 315.059	10/05/2012	20-feb-20	77,66	104,24	1,3423	107.832	422.891
44	1336	\$ 8.384.018	18/07/2012	20-feb-20	77,70	104,24	1,3416	2.863.730	11.247.748
45	1337	\$ 22.157.761	25/09/2012	20-feb-20	77,96	104,24	1,3371	7.469.291	29.627.052
46	1446	\$ 12.648.357	04/09/2012	20-feb-20	77,96	104,24	1,3371	4.263.710	16.912.067
47	1447	\$ 10.160.156	23/08/2012	20-feb-20	77,73	104,24	1,3411	3.465.145	13.625.301
48	1451	\$ 23.430.563	23/11/2012	20-feb-20	77,98	104,24	1,3368	7.890.313	31.320.876
49	1452	\$ 829.400	06/08/2012	20-feb-20	77,73	104,24	1,3411	282.869	1.112.269
50	1453	\$ 1.573.879	31/08/2012	20-feb-20	77,73	104,24	1,3411	536.775	2.110.654
51	1480	\$ 4.976.403	25/09/2012	20-feb-20	77,96	104,24	1,3371	1.677.525	6.653.928
52	1481	\$ 17.210.060	23/11/2012	20-feb-20	77,98	104,24	1,3368	5.795.539	23.005.599
53	1489	\$ 2.234.731	23/11/2012	20-feb-20	77,98	104,24	1,3368	752.552	2.987.283
54	1516	\$ 18.892.884	23/11/2012	20-feb-20	77,98	104,24	1,3368	6.362.236	25.255.120
55	1517	\$ 3.321.826	19/10/2012	20-feb-20	78,08	104,24	1,3350	1.112.948	4.434.774
56	1518	\$ 786.634	19/10/2012	20-feb-20	78,08	104,24	1,3350	263.555	1.050.189
57	1588	\$ 27.114.600	02/01/2013	20-feb-20	78,28	104,24	1,3316	8.992.016	36.106.616
	TOTAL	\$ 334.383.879						116.814.733	451.198.613

6. Sobre el escrito de contradicción al dictamen decretado de oficio

El Tribunal advierte que dentro del término de traslado de las aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial decretado de oficio y rendido por el perito **ÍNTEGRA**, el señor apoderado de la sociedad convocada presentó el día 22 de noviembre de 2019 un memorial en el que formuló objeciones por error grave²⁵⁴ y que, posteriormente, la misma parte presentó el día 18 de diciembre siguiente un nuevo memorial en el que complementó y adicionó las referidas objeciones²⁵⁵.

Al respecto se anota que, al ocuparse del estudio y definición de las pretensiones y excepciones, revisó el contenido del dictamen pericial y no encontró hechos constitutivos de errores que tuvieran la connotación de graves ni imprecisiones o inconsistencias que pudieran afectar las conclusiones del mismo o que impidieran su valoración. Así mismo, se tiene en cuenta que el perito fue citado a declarar en los términos del artículo 31 de la Ley 1563 de 2012 y en la respectiva audiencia dio las explicaciones sobre su experiencia, idoneidad y contenido de la experticia.

²⁵⁴ Folios 515 a 546, Cuaderno Principal N° 1

²⁵⁵ Folios 588 a 590, Cuaderno Principal N° 1

De otra parte, el Tribunal encuentra que el día 18 de diciembre, el señor apoderado de la Sociedad Convocada aportó, como sustento de la objeción por error grave al dictamen de **ÍNTEGRA**, un escrito rotulado como *"Informe sobre procedimientos Previamente Acordados de acuerdo con NISR 400"* elaborado aparentemente por la firma Deloitte & Touche Ltda. Una vez revisado el referido documento, el Tribunal considera que éste no reúne las exigencias para ser considerado un experticio de parte, en los términos del artículo 26 del CGP²⁵⁶ y no puede ser tenido en cuenta como contradicción del dictamen en los términos del artículo 228 ibídem²⁵⁷ ni como fundamento de la objeción por error grave al dictamen pericial de **ÍNTEGRA**.

En efecto, el referido informe no cuenta con anexos que permitan identificar a su autor, su domicilio o profesión, ni establecer la experiencia e idoneidad del mismo, ni las condiciones de tiempo, modo y lugar en que fue elaborado. Por demás, no encuentra el Tribunal que en su texto se haga mención concreta a alguna respuesta del dictamen de **ÍNTEGRA** y mucho menos a la existencia de algún error grave.

Por lo anterior, el Tribunal declarará no probadas las mentadas objeciones y tendrá como prueba el dictamen cuestionado.

7. Sobre las excepciones

El Tribunal pone de presente que no obstante que con ocasión del examen de los hechos, pruebas y fundamentos jurídicos de la demanda, se pronunció sobre las excepciones propuestas por la parte convocada, todo ello al margen de si

²⁵⁶ Artículo 226. "(...)

El dictamen suscrito por el perito deberá contener, como mínimo, las siguientes declaraciones e informaciones:

1. *La identidad de quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración.*
2. *La dirección, el número de teléfono, número de identificación y los demás datos que faciliten la localización del perito.*
3. *La profesión, oficio, arte o actividad especial ejercida por quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración. Deberán anexarse los documentos idóneos que lo habilitan para su ejercicio, los títulos académicos y los documentos que certifiquen la respectiva experiencia profesional, técnica o artística.*
4. *La lista de publicaciones, relacionadas con la materia del peritaje, que el perito haya realizado en los últimos diez (10) años, si las tuviere.*
5. *La lista de casos en los que haya sido designado como perito o en los que haya participado en la elaboración de un dictamen pericial en los últimos cuatro (4) años. Dicha lista deberá incluir el juzgado o despacho en donde se presentó, el nombre de las partes, de los apoderados de las partes y la materia sobre la cual versó el dictamen.*
6. *Si ha sido designado en procesos anteriores o en curso por la misma parte o por el mismo apoderado de la parte, indicando el objeto del dictamen.*
7. *Si se encuentra incurso en las causales contenidas en el artículo 50, en lo pertinente.*
8. *Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de los que ha utilizado en peritajes rendidos en anteriores procesos que versen sobre las mismas materias. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación.*
9. *Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de aquellos que utiliza en el ejercicio regular de su profesión u oficio. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación.*
10. *Relacionar y adjuntar los documentos e información utilizados para la elaboración del dictamen".*

²⁵⁷ Artículo 228. Contradicción del dictamen. *"La parte contra la cual se aduzca un dictamen pericial podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones. (...)"*

técnicamente correspondían a excepciones propiamente dichas o a argumentos de defensa de la convocada, bien habría podido prescindir de estudiarlas en cuanto se hubiera abierto paso la prosperidad de las pretensiones de la demandante, como en efecto ocurrió, de acuerdo con lo expresado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 11 de junio de 2001:

"La excepción de mérito es una herramienta defensiva con que cuenta el demandado para desmerecer el derecho que en principio le cabe al demandante; su función es cercenarle los efectos. Apunta, pues, a impedir que el derecho acabe ejercitándose.

A la verdad, la naturaleza misma de la excepción indica que no tiene más diana que la pretensión misma; su protagonismo supone, por regla general, un derecho en el adversario, acabado en su formación, para así poder lanzarse contra él a fin de debilitar su eficacia o, lo que es lo mismo, de hacerlo cesar en sus efectos; la subsidiariedad de la excepción es, pues, manifiesta, como que no se concibe con vida sino conforme exista un derecho; de lo contrario, se queda literalmente sin contendor.

Por modo que, de ordinario, en los eventos en que el derecho no alcanza a tener vida jurídica, o, para decirlo más elípticamente, en los que el actor carece de derecho, porque este nunca se estructuró, la excepción no tiene viabilidad.

*De ahí que la decisión de todo litigio deba empezar por el estudio del derecho pretendido y por indagar si al demandante le asiste. Cuando esta sugestión inicial es respondida negativamente, la absolución del demandado se impone; pero cuando se halle que la acción existe y que le asiste al actor, entonces sí es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen."*²⁵⁸

8. Conducta procesal de las Partes

Establece el artículo 280 del C.G.P que **"[e]l juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las Partes y, de ser el caso, deducir indicios de ellas."**

A su turno, el artículo 78 del C.G.P., que regula los deberes de las partes y sus apoderados, dispone:

"Son deberes de las partes y sus apoderados:

- 1. Proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos.*
- 2. Obrar sin temeridad en sus pretensiones o defensas y en el ejercicio de sus derechos procesales.*
- 3. Abstenerse de obstaculizar el desarrollo de las audiencias y diligencias.*
- 4. Abstenerse de usar expresiones injuriosas en sus escritos y exposiciones orales, y guardar el debido respeto al juez, a los empleados de éste, a las partes y a los auxiliares de la justicia."*

²⁵⁸ *Antología Jurisprudencial Corte Suprema de Justicia 1886 – 2006*, Tomo II, Bogotá, Corte Suprema de Justicia, 2007, página 406.

Se mencionó en el presente Laudo que no fue necesario para el Tribunal deducir indicios en contra de **NUEVA EPS**, por haber dejado esta de exhibir la documentación e información originada en esa entidad o la que estuviera en su poder, en el curso de la diligencia decretada con ese fin. Ocurrió además que funcionarios suyos certificaran por escrito que en esa entidad no se contaba con información ni registros sobre los documentos objeto de la prueba y que no había archivos ni copias disponibles, lo cual no resulta admisible en una entidad perteneciente al Sistema General de Seguridad Social en Salud, con participación incluso de capital estatal.

Si no fue necesario deducir indicios graves por esa conducta, fue porque con el conjunto de pruebas recaudadas en el proceso, entre ellas el dictamen de **ÍNTEGRA** y las que sirvieron de soporte de la prueba pericial decretada de oficio por el Tribunal, se pudieron obtener los elementos para una decisión íntegra y fundada como la que se ha adoptado, lo cual no impide que el Tribunal exprese su reproche a esa conducta procesal de la convocada.

9. Sobre costas

La sociedad convocante solicitó en la demanda arbitral se condenara en costas a su contraparte cuando a ello hubiere lugar, en virtud de que prosperaran las pretensiones. A su turno, la sociedad convocada solicitó en la contestación de la demanda que, por el contrario, se condenara en costas a la parte actora.

El tema de la condena en costas está regulado por el artículo 365 del Código General del Proceso que, en lo pertinente para este trámite arbitral, dispone:

- "1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, (...).
(...).
- "2. La condena se hará en sentencia (...).
(...).
- "5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.
(...).
- "8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.
(...)"

El concepto de las costas se refiere a los gastos realizados por las partes dentro del proceso que se consideren necesarios, útiles y razonables para el desarrollo del mismo y comprende los gastos o expensas, tales como el pago de los honorarios de peritos, de los gastos de traslado de testigos, de los gastos por la práctica de una diligencia fuera de la sede del Tribunal, pago de cauciones y copias, etc. También en el

concepto de costas están comprendidas las agencias en derecho, constituidas por los gastos de apoderamiento, los cuales son fijados discrecionalmente por el Tribunal, en aplicación de lo dispuesto en los numerales 3º y 4º del artículo 366 del C.G.P.

Del examen del artículo 365 del C.G.P., se puede inferir que varios de los supuestos que conllevan la imposición de condena en costas están relacionados con el hecho de que una de las partes resulte vencida en el proceso, sin que para ello sea necesario adicionalmente que se compruebe la mala fe o temeridad como anteriormente lo tenía establecido la jurisprudencia, entre ellas la del Consejo de Estado, postura que fue modificada en decisión de 7 de abril de 2016²⁵⁹. Este cambio jurisprudencial en materia de costas, de un criterio subjetivo a uno objetivo, se concreta, según la decisión antes comentada en los siguientes aspectos:

"El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas: a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" -CCA a uno "objetivo valorativo" -CPACA-. b) Se concluye que es "objetivo" porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP. c) Sin embargo, se le califica de "valorativo" porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes. (...). e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas. (...)"

Sobre la base de las anteriores reglas, la Corte Constitucional ha señalado que no puede considerarse que la condena en costas corresponda a una sanción o una indemnización a cargo de la parte vencida, sino que es el resultado de su derrota procesal:

*"La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho correspondan a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra."*²⁶⁰

²⁵⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección A. Sentencia de 7 de abril de 2016. C.P. Dr. William Hernández Gómez. Radicación: 13001-23-33-000-2013-00022-01

²⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-157 de 2013.

Según se estudió por el Tribunal en capítulos anteriores de este Laudo, después del análisis factico, jurídico y probatorio que se ha realizado, se acogerá la mayoría de las pretensiones declarativas y de condena incoadas por la sociedad convocante. A su turno, el Tribunal declarará no probadas las excepciones o medios de defensa formulados por la Convocada.

En razón de lo anterior y con fundamento en lo establecido en el numeral 5 del artículo 365 del C.G.P., el Tribunal impondrá condena parcial de costas y, en tal sentido, condenará a la **NUEVA EPS** a pagar a **DELTA** el setenta por ciento (70%) de los gastos en que incurrió esta sociedad con ocasión del trámite arbitral, que se encuentran justificados y demostrados en el proceso, los cuales se liquidan así:

Valor del 50% de los gastos y honorarios del Tribunal fijados en Audiencia de 28 de enero de 2019 (Acta 4) pagados por la Sociedad Convocante incluido el IVA	\$ 301.102.892
Valor del 50% de los honorarios del perito que rindió el dictamen decretado de oficio más IVA	\$71.400.000
Valor del 50% de los gastos del dictamen pericial decretado de oficio	\$7.500.000
Total gastos pagados por la sociedad convocante con ocasión de este proceso arbitral	\$ 380.002.892
Condena parcial en costas en favor de la sociedad convocante 70%	\$ 266.002.024

Además, el Tribunal fija la suma de **\$ 87.824.380** por concepto de agencias en derecho en favor de la sociedad convocante, que corresponden al 70% de los honorarios de un Árbitro.

De conformidad con lo expuesto, el Tribunal condenará a la **NUEVA EPS** a pagar a **DELTA**, la suma total de **\$353.826.404** por concepto de costas procesales.

10. Sobre el juramento estimatorio

El artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, que fue modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014, concordante con el numeral 7 del artículo 82 del Código General del Proceso, preceptúa:

“Artículo 206. Juramento estimatorio. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. (...).
Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

(...)

"Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.

"El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.

(...)

"Parágrafo. También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

"La aplicación de la sanción prevista en el presente parágrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte."

En virtud de las declaraciones y condenas que se harán e impondrán en este Laudo según se acaba de analizar en capítulos anteriores, corresponde al Tribunal resolver si procede la aplicación de las sanciones a que se refiere el artículo 206 del C.G.P. antes transcrito. Para el efecto, se anota que, no obstante que en la contestación de la demanda la sociedad convocada no objetó el juramento estimatorio, no se tuvo en cuenta como valor de la condena el monto que aparece allí indicado, por cuanto para mayor garantía de las partes y en cumplimiento del deber que le impone el numeral 4 del artículo 42 del Código General del Proceso para decretar pruebas de oficio y así "verificar los hechos alegados por las partes", en armonía con lo establecido por el artículo 170 del mismo estatuto, que lo faculta para decretar pruebas de oficio antes de fallar, "cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia", se decretó la práctica de un dictamen pericial para verificar dentro del trámite arbitral las reclamaciones presentadas por DELTA así como su monto, como en efecto se hizo.

III. DECISIÓN

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal Arbitral convocado por la sociedad **DELTA A SALUD S.A.S.** para resolver sus controversias patrimoniales con la sociedad **NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A. - NUEVA EPS S.A.**, administrando justicia por habilitación de las Partes, en decisión unánime, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero: Declarar no probada la excepción de Caducidad de la Acción propuesta por la parte convocada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: Como consecuencia de la anterior declaración, confirmar la competencia de este Tribunal para conocer y resolver todas las cuestiones planteadas por las partes en la demanda y su respectiva contestación.

Tercero: Declarar no probadas las demás excepciones formuladas por la parte convocada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto: Declarar probadas las tachas formuladas por la parte convocada en contra del testimonio de Guillermo Enrique Sánchez Torres, así como la propuesta por la sociedad convocante en contra del testimonio de Alberto Hernán Guerrero Jácome, por las razones y con los alcances expuestos en la parte motiva de este Laudo.

Quinto: Declarar no probadas las objeciones por error grave propuestas por la parte convocada en contra del dictamen pericial decretado de oficio y rendido por la sociedad **ÍNTEGRA AUDITORES CONSULTORES S.A.**, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

Sexto: Declarar que la sociedad **NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A.** incumplió las obligaciones derivadas de la Cláusula Sexta del Contrato 134-10 celebrado con la sociedad **DELTA A SALUD S.A.S.**, por las razones y con los alcances expuestos en la parte motiva de este Laudo. En tal sentido prospera parcialmente la Pretensión Primera Declarativa de la demanda.

Séptimo: Declarar que no prospera la Pretensión Segunda Declarativa de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo, sin perjuicio de lo que se resolverá más adelante sobre las pretensiones de condena Cuarta, Quinta, Octava, Décima y Décimo Primera de la demanda.

Octavo: Declarar que **DELTA A SALUD S.A.S.** realizó **TREINTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTAS NOVENTA Y UN (34.891)** auditorías adicionales a las estimadas en el Contrato 134-10 celebrado con **NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A.**, que no fueron reconocidas ni pagadas por la Contratante.

Noveno: Condenar a la sociedad **NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A.** a pagar a la sociedad **DELTA A SALUD S.A.S.** la suma de **CUATRO MIL SETECIENTOS DOS MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL**

DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$4.702.554.296) que corresponde al valor de los **34.891** servicios de auditorías adicionales efectivamente prestados y no reconocidos ni pagados por la Contratante (**\$3.516.980.253**), junto con su indexación (**\$1.185.574.043**), según se liquidó en la parte motiva de este Laudo.

Décimo: Negar la Pretensión Quinta de condena de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

Undécimo: Declarar que las glosas formuladas y aplicadas por la sociedad **NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A.** a las Facturas **i)** 533 del 7 de septiembre de 2011; **ii)** 1451 de 3 de julio de 2012; **iii)** 1481 de 2 de agosto de 2012; y, **iv)** 1588 del 9 de octubre de 2012, fueron injustificadas, razón por la cual los valores no pagados al amparo de dichas glosas deben ser reconocidos a la sociedad **DELTA A SALUD S.A.S.**, según se expuso en la parte motiva de este Laudo. En tal sentido prospera parcialmente la Pretensión Sexta declarativa de la demanda.

Duodécimo: Condenar a la sociedad **NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A.** a pagar a la sociedad **DELTA A SALUD S.A.S.** la suma de **DOSCIENTOS VEINTE MILLONES NOVECIENTOS VEINTIÚN MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$220.921.849)** que corresponden al valor de las cuatro notas crédito emitidas en razón de glosas injustificadas formuladas y aplicadas por la Contratante sobre las cuatro (4) facturas referidas en el numeral anterior (**\$165.004.576**), junto con su indexación (**\$55.917.272**), según se liquidó en la parte motiva de este Laudo. En tal sentido prospera parcialmente la Pretensión Séptima de Condena de la demanda.

Décimo tercero: Negar la pretensión Octava de condena de la demanda.

Décimo Cuarto: Declarar que la sociedad **NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A.** incurrió en mora en el pago a la sociedad **DELTA A SALUD S.A.S.** de 57 de las 59 facturas relacionadas en la demanda, así:

Nº	Factura	Fecha de radicación	Valor Total	Fecha de vencimiento Cto: a 30 días de su radicación	Fecha de pago
1	2015	08/10/2010	\$ 54.664.360	07/11/2010	09/11/2010
2	2017	27/10/2010	\$ 286.987.888	07/11/2010	09/11/2010
3	2022	10/11/2010	\$ 122.994.809	09/12/2010	30/12/2010
4	2028	10/12/2010	\$ 286.987.888	09/01/2011	20/01/2011

5	2032	23/12/2010	\$ 122.994.809	07/02/2011	15/03/2011
6	2033	23/12/2010	\$ 286.987.888	07/02/2011	16/02/2011
7	2041	07/02/2011	\$ 277.889.136	06/03/2011	17/03/2011
8	2042	07/02/2011	\$ 119.095.344	06/03/2011	19/04/2011
9	2053	09/03/2011	\$ 125.022.619	09/04/2011	19/05/2011
10	2054	09/03/2011	\$ 291.719.445	09/04/2011	19/04/2011
11	2067	08/04/2011	\$ 122.724.288	07/05/2011	21/06/2011
12	2069	08/04/2011	\$ 286.356.672	07/05/2011	21/06/2011
13	2080	03/05/2011	\$ 122.724.288	02/06/2011	21/06/2011
14	2098	07/06/2011	\$ 286.356.672	06/07/2011	19/07/2011
15	2099	07/06/2011	\$ 122.724.288	06/07/2011	19/08/2011
16	2106	07/07/2011	\$ 122.724.288	06/08/2011	19/08/2011
17	2107	07/07/2011	\$ 286.356.672	06/08/2011	19/08/2011
18	2108	08/07/2011	\$ 186.789.730	25/07/2011	19/09/2011
19	443	04/08/2011	\$ 128.002.288	07/09/2011	19/09/2011
20	444	04/08/2011	\$ 298.672.006	03/09/2011	19/09/2011
21	446	04/08/2011	\$ 118.709.738	03/09/2011	19/09/2011
22	532	07/09/2011	\$ 89.478.726	07/10/2011	19/10/2011
23	533	07/09/2011	\$ 318.471.597	07/10/2011	26/10/2011
24	534	07/09/2011	\$ 136.487.827	07/10/2011	26/10/2011
25	567	06/10/2011	\$ 60.989.561	04/11/2011	22/12/2011
26	568	06/10/2011	\$ 323.345.134	05/11/2011	29/11/2011
27	569	06/10/2011	\$ 139.063.278	05/11/2011	23/12/2011
28	630	04/11/2011	\$ 136.824.329	04/12/2011	23/12/2011
29	631	04/11/2011	\$ 319.256.768	04/12/2011	23/01/2012
30	632	04/11/2011	\$ 88.154.195	04/12/2011	23/01/2012
31	1040	06/12/2011	\$ 330.033.632	05/01/2012	23/01/2012
32	1041	06/12/2011	\$ 141.442.950	05/01/2012	23/01/2012
33	1042	06/12/2011	\$ 92.468.788	05/01/2012	23/01/2012
34	1058	29/12/2011	\$ 330.033.632	28/01/2012	02/02/2012
35	1059	29/12/2011	\$ 141.442.950	28/01/2012	02/02/2012
36	1110	03/02/2012	\$ 249.269.285	04/03/2012	28/06/2012
37	1111	03/02/2012	\$ 249.269.285	04/03/2012	13/04/2012
38	1112	03/02/2012	\$ 86.640.939	04/03/2012	21/03/2012
39	1147	02/03/2012	\$ 248.079.549	01/04/2012	05/07/2012
40	1148	02/03/2012	\$ 248.079.549	01/04/2012	23/04/2012
41	1291	03/04/2012	\$ 242.505.963	03/05/2012	01/06/2012
42	1292	03/04/2012	\$ 242.505.963	03/05/2012	25/09/2012
43	1293	03/04/2012	\$ 60.537.733	03/05/2012	10/05/2012
44	1336	25/05/2012	\$ 268.494.346	06/06/2012	18/07/2012
45	1337	25/05/2012	\$ 268.494.346	06/06/2012	25/09/2012
46	1446	06/06/2012	\$ 274.860.342	05/07/2012	04/09/2012
47	1447	06/06/2012	\$ 274.860.342	05/07/2012	23/08/2012
48	1451	03/07/2012	\$ 274.860.342	02/08/2012	23/11/2012

49	1452	03/07/2012	\$ 274.860.342	02/08/2012	06/08/2012
50	1453	05/07/2012	\$ 80.242.763	05/08/2012	31/08/2012
51	1480	02/08/2012	\$ 274.860.342	01/09/2012	25/09/2012
52	1481	02/08/2012	\$ 274.860.342	01/09/2012	23/11/2012
53	1489	06/08/2012	\$ 67.325.615	05/09/2012	19/10/2012
54	1516	03/09/2012	\$ 274.860.342	03/10/2012	02/01/2013
55	1517	04/09/2012	\$ 274.860.342	03/10/2012	19/10/2012
56	1518	06/09/2012	\$ 80.109.605	06/10/2012	19/10/2012
57	1588	10/10/2012	\$ 664.759.680	09/11/2012	02/01/2013

En tal sentido prospera parcialmente la Pretensión Novena Declarativa de la demanda.

Décimo Quinto: Condenar a la sociedad **NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A.** a pagar a la sociedad **DELTA A SALUD S.A.S.** la suma de **TRESCIENTOS TREINTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$334.383.879)** que corresponden a los intereses moratorios comerciales aplicados por el pago tardío de las 57 facturas que se relacionaron en el numeral anterior, desde el momento en que debieron ser canceladas y hasta el momento en que fueron pagadas, según liquidación que se practicó en la parte motiva. En tal sentido prospera parcialmente la Pretensión Décima, de Condena, de la demanda.

Décimo Sexto: Condenar a la sociedad **NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A.** a pagar a la sociedad **DELTA A SALUD S.A.S.** el valor indexado del monto de los intereses moratorios que se estableció respecto de las 57 facturas pagadas tardíamente, los cuales a la fecha de este Laudo ascienden a **CIENTO DIECISÉIS MILLONES OCHOCIENTOS CATORCE MIL SETECIENTOS TREINTA Y TRES PESOS MONEDA CORRIENTE (\$116.814.733)**, según liquidación que se practicó en la parte motiva. En tal sentido prospera parcialmente la Pretensión Décima Primera, de Condena de la demanda.

Décimo Séptimo: Declarar que en este proceso no hay lugar a aplicar los efectos previstos en el artículo 206 del Código General del Proceso, respecto del juramento estimatorio contenido en la demanda.

Décimo Octavo: Condenar a la sociedad **NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A.** a pagar a la sociedad **DELTA A SALUD S.A.S.** la suma de **TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS VEINTISÉIS MIL CUATROCIENTOS CUATRO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$353.826.404)**, por concepto de Costas, según liquidación que se practicó en la parte motiva.

Décimo Noveno: Ordenar la expedición, por Secretaría, de copia auténtica de este Laudo a cada una de las Partes y al Ministerio Público, con las constancias de ley.

Vigésimo: Ordenar el envío de copia de este Laudo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Vigésimo Primero: Disponer que, en su oportunidad, se devuelva, para su archivo, el expediente contentivo de este proceso arbitral al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Notifíquese y Cúmplase.

CARMENZA MEJÍA MARTÍNEZ
Árbitro y Presidente

HERNANDO HERRERA MERCADO
Árbitro

ERNESTO RENGIFO GARCIA
Árbitro

P. ORLANDO GARAVITO VALENCIA
Secretario Tribunal

TABLA DE CONTENIDO

I. ANTECEDENTES.....	1
A. Los sujetos procesales.....	1
B. Del contrato origen de la controversia	3
C. El Pacto Arbitral	3
D. Trámite del proceso arbitral	4
E. Términos del proceso	6
F. Presupuestos procesales	7
II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.....	20
1. Excepción de caducidad	20
1.1. El contrato celebrado entre las partes.....	23
1.2. La naturaleza jurídica de la Convocada.	25
1.3. Composición de la Convocada.....	26
1.4. Efectos de la naturaleza y de la composición accionaria de la Convocada a efectos de determinar la ocurrencia de la caducidad alegada.	27
2. El Contrato origen de la Litis	33
3. De la tacha de testigos	37
4. El litigio.....	41
5. Definición de las pretensiones	46
5.1. Primera pretensión de la demanda [Declarativa] - Excepciones contra la primera pretensión.....	46
5.1.1. El litigio en este aspecto de la controversia.	48
5.1.2. Hechos probados sobre este aspecto de la controversia	50
5.2. Segunda pretensión de la demanda [Declarativa] - Excepciones contra la segunda pretensión.....	58
5.2.1. El litigio en este aspecto de la controversia	58
5.2.2. Hechos probados sobre este aspecto de la controversia	59
5.3. Tercera pretensión declarativa de la demanda, cuarta y quinta consecuenciales de condena - Excepciones contra la tercera, cuarta y quinta pretensión.....	66
5.3.1. El litigio en este aspecto de la controversia.	67
5.3.2. Hechos probados sobre este aspecto de la controversia	75
5.4. Sexta pretensión declarativa de la demanda, séptima y octava consecuenciales de condena - Excepciones contra las pretensiones sexta, séptima y octava	102
5.4.1. El litigio en este aspecto de la controversia	103
5.4.2. Hechos probados sobre este aspecto de la controversia	105
5.5. Novena pretensión declarativa de la demanda, décima y décima primera consecuenciales de condena - Excepciones contra las pretensiones novena, décima y décima primera.....	121
5.5.1. El litigio en este aspecto de la controversia:	123
5.5.2. Hechos probados sobre este aspecto de la controversia:.....	125
6. Sobre el escrito de contradicción al dictamen decretado de oficio	132
7. Sobre las excepciones	133
8. Conducta procesal de las Partes	134
9. Sobre costas.....	135
10. Sobre el juramento estimatorio.....	137
III. DECISIÓN.....	138